

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمّد عزى البكرى
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

المدخل للقانون ومصادر الالتزام

المواد ٤٠ - ١١٩

المجلد الثاني



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المحتمل

محمد عزیز علی البکری
رئیس محکمہ الامتلاف

القانون المرفى

{ المدخل للقانون ومصادر الالتزام }

الموطن الأصلي • الموطن المختار • الاعتداء
على الحقوق الملازمة للشخصية • الشخص
الاعتباري • تقسيم الأشياء والأموال • الأهلية •
عوارض الأهلية • الرضا في العقد • الوعد
بالتعاقد • العربون • تعاقد الشخص مع نفسه

المجلد الثاني

المواد - ٤٠ - ١١٩



٩٨ سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

00-2-229271A-00-2-2292-442:2

الكتاب/ موسوعة الفقه والقضاء فى القانون المدنى

(المجلد الثانى)

الطبعة الأولى

المؤلف/ المستشار محمد عزمى البكرى

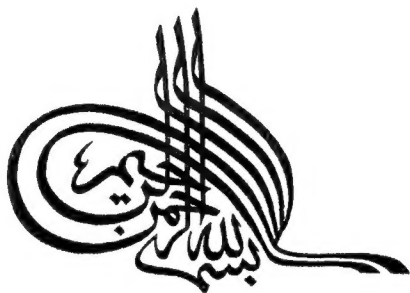
الناشر/ دار محمود للنشر والتوزيع

المطبعة/ شركة ناس للطباعة

رقم الإيداع: ٢٠٠٥/١١١٨١

الترقيم الدولى: 977-5312-95-7

• • •



فَأَمَّا الرَّبْدُ فَيَنْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا
مَا يَتَفَعُّ النَّاسُ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ

اللَّهُ
صَلَّى
الْعَظِيمُ

مادة (٤٠)

- ١- الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .
- ٢- ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

الشرح

١- أهمية الموطن :

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة إلى الدولة والأسرة وأحياناً إلى الدين، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فإن الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه .
وتبدو أهمية وجود موطن للشخص فى أنه يصبح المقر الذى يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصاً بعلاقاته ونشاطه القانونى .

فعلى سبيل المثال :

- ١- يستلزم قانون المرافعات أن تعلن الأوراق القضائية التى يلزم إعلانها للشخص ، كصحيفة الدعوى والتبويه والإنذار ، إلى الشخص فى موطنه عن طريق الأشخاص الذين يحدددهم القانون، فإن أعلنت إليه فى مكان آخر وقع إعلانها باطلاً (م ١٠ ، ١٩ مرافعات) .

- ٢- يتحدد الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى الشخصية للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات) .
- ٣- الوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٢٤٧ مدنى).
- ٤- بعض العقود أو التصرفات تجب مباشرتها فى موطن المتصرف أو أحد المتعاقدين ، فعقد الزواج يتم أمام المأذون الواقع فى دائرته موطن الزوجة ، والطلاق يصدر أمام المأذون الواقع فى دائرته موطن الزوج ^(١).

٢- تعريف الموطن :

تعرف المادة (٤٠) الموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

فالقانون المدنى يأخذ بالتصوير الواقعى للموطن لا بالتصوير الحكمى ^(٢) الذى يلجأ فى تحديد الموطن إلى التحكم والافتراض. بل يعتد فى ذلك بالأمر الواقع الذى يتمثل فى الإقامة .

-
- (١) الدكتور حسن كيره ص ٥٦٠- الدكتور حسام الدين الأهوانى ص ١٠٦ .
- (٢) تأخذ بعض التشريعات بالتصوير الحكمى للموطن فلا تعتد فى تحديد الموطن بإقامة الشخص ، فموطن الشخص بمقتضاها قد يكون حيث يقيم ، وقد يكون فى مكان لم يقيم فيه أبدا ، أو لا يقيم فيه إلا نادرا . فالقانون هنا هو الذى يفرض للشخص موطنه . وهو فى فرضه إياه لا يعتد بالإقامة ، وبالتالي هو لا يعتد بالأمر الواقع ، ولكنه يفرضه فرضا ، أو يحكم به .

ويترتب على الأخذ بالتصوير الحكيم للموطن النتيجتان الآتيتان :

- ١- ضرورة الموطن: فحسب للتصوير الحكيم ، يتحتم أن يكون لكل شخص موطن ، فلكل شخص بالضرورة عمل أو نشاط معين ، عظم أم صغر ، ومكان عمله الرئيسي يعتبر موطناً له .
 - ٢- وحدة الموطن : فإذا كان لكل شخص بالضرورة موطن ، فلا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد لايتعدد . فحسب للتصوير الحكيم ، يتحدد موطن الشخص بمقر عمله أو نشاطه الرئيسي . ولا يمكن أن يكون للشخص إلا عمل رئيسي واحد ، لأنه إذا تعددت أعماله ، اعتبر الرئيسي منها ما كان أعظمها شأنًا (الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية للحق طبعة ١٩٥٧ ص ١٢٢ ومابعدها) .
- ولم يرد نص في النقتين المدنى للقديم يعرف الموطن ويحدده . ولكن ورد تعريف للموطن في هامش المادة الثالثة من قانون المرافعات القديم وينص على أن : " الموطن هو المركز الشرعي المنسوب للإنسان ، الذي يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضراً فيه بعض الأحيان أو أغلبها . وأنه لايجعل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه " وظاهر من هذا التعريف عدم الاعتداد بمحل الإقامة في تحديد الموطن ، إذ أن للموطن قد يكون الشخص غائبا عنه في أغلب الأحيان كما يقول النص . فالموطن بهذا المعنى هو المركز الرئيسي لعمل الشخص ، كما تقول المادة ١٠٢ من القانون المدني الفرنسي ، وبهذا يكون المشرع المصري القديم قد أخذ بالتصوير الحكيم للموطن (الدكتور عبد المنعم البدرأوى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٢٥ - حسام الدين الأهواني ص ١٠٧) - ومن ناحية أخرى فإن لائحة المحاكم الشرعية (م ٢١) كانت تعرف الموطن بأنه : " البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقبلاً فيه عادة " . وهى بهذا تأخذ بالتصوير الواقعي للموطن ، وهو التصوير الذي يأخذ به الفقه الإسلامي (عبد المنعم البدرأوى ص ١٢٥) .

وبيين من التعريف الوارد بهذه المادة ، أن للموطن عنصرين :
الأول : الإقامة الفعلية ، أى أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية فى
مكان معين وليس مجرد افتراض . فالإقامة عنصر أساسى فى
تحديد الموطن. والقاعدة فى هذا الشأن أن المكان لايعتبر موطناً
للشخص، مهما تركزت فيه مصالحه إلا إذا كان مقيماً فيه .

الثانى : الاستقرار أو التعود على الإقامة ، ولهذا فإنه يجب أن
تكون الإقامة مستقرة أو معتادة ، وهذا لايعنى اتصال الإقامة دون
انقطاع ، وإنما يقصد به استقرارها على وجه يتحقق معه شرط
الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . والعبرة فى
تحديد ذلك بالشواهد والدلائل على أن الإقامة تنسم بصفة الاستقرار
والاعتياد. ولنية الشخص فى الاستقرار فى المكان أو عدم
الاستقرار أثر هام . وذلك لأن قصد الشخص فى الاستقرار فى
المكان من عدمه يرد ، فى الغالب من الأحيان ، إلى الإقامة نفسها
ويؤدى إلى أن يسبغ عليها مظاهر الثبات والاستقرار ، أو مظاهر
التوقيت .

ولكن للنية هنا ليست بالأمر القاطع الحاسم، ويجب التعميل أساساً
على المظهر المادى للإقامة بما تنسم به من مظاهر خارجية^(١).

(١) الدكتور نبيل سعد ص ١٥٠ ومابعدا - حسام الأهوانى ص ١١٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة . ومجرد الوجود أو السكن فى مكان لايجعل منه موطننا ما لم تكن الإقامة مستقرة فيه . وإذا كان المشروع جعل من الإقامة الفعلية أساساً للتصوير الذى اتبعه إلا أن عنصر الاستقرار ضرورى لتوافر معنى التوطن ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياء ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . ويترتب على ذلك إلخ " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز الشرعى المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه . وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو أقاربه الساكنين معه فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حيث يكون الإعلان قد وجه إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٤١ وما بعدها .

مسكن المراد إعلانه ، وهو لايعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لنص على وجوب الإعلان فى المسكن بدلا من أن ينص على وجوبه فى المحل مع الفرق الواضح فى مدلول اللفظين . وعلى ذلك فلا يقدر فى صحة عمل المحضر كون المحل الذى قصده ليجرى فيه إعلان تقرير الطعن بالنقض هو محل عمل المطعون عليه لا محل سكنه " .

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١)

٢- " تحديد المادة ٤٠ من القانون المدنى للموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تصوير واقعى يركز على الإقامة الفعلية ، ومودى ذلك ألا يعد المكان الذى يتلقى فيه الطالب العلم - دون أن يقيم فيه - موطناً له " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧)

٣- الرأى عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، على أن الموطن الأصلى هو موطن الإنسان فى بلده ، أو فى بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيها مع أهله وولده ، وليس فى قصده الارتحال عنها، وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولاينقص بموطن المسكن ، وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن " محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥)

٤- " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ونص المادة الثانية من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ أن المشرع أخضع إيرادات الأجنبي للضريبة العامة على الإيراد إذا كان له موطن في مصر، وقد اعتبر الأجنبي متوطنا في مصر إذا اتخذ منها محلا لإقامته الرئيسية أو كانت بها مصالحه الرئيسية ، وقد ساير المشرع في خصوص المعيار الأول معنى الموطن في القانون المدني المصري، إذ عرفته المادة ٤٠ من هذا القانون بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وهو- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تصوير واقعي لفكرة الموطن يرتكز على الإقامة الفعلية المقترنة بعنصر الاستقرار أى بنية استمرار الإقامة على وجه يتحقق معه شرط الاعتقاد .

(طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٤/٢/١٩٧٣)

٥- " النص فى المادة ٤٠ من القانون على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ... " يدل على أن المشرع اعتد بالتصوير الواقعي للموطن- وعلى ما جاء بالملذكرة الإيضاحية- استجابة للحاجات العملية واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية التى أفصحت عنها المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادى، وجعل المعول عليه فى تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى

وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/٦/١)

٦- "وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك بأنه ولئن كان لا يمنع اعتبار المكان موطنًا تغيب صاحبه عنه فترات ولو كانت متباعدة مادامت نية الاستيطان قد ظلت قائمة ، إلا أنه يشترط لذلك انتفاء الغش الذي يتحقق إذا كان المدعى يعلم بإقامة المعلن إليه فعلاً وقت الإعلان بالخارج وتعمد إخفاء ذلك موجهًا الإعلان بموطنه داخل البلاد منتهزًا فرصة غيابه عنه . إذ أن تعمد الخصم إخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله في الدعوى وإيداء دفاعه فيها يعد من قبيل الغش الذي يترتب عليه بطلان الإعلان ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان إعلان المطعون ضده بالدعوى على أساس أنه ثبت من جواز سفره أنه كان بالكويت وقت توجيه الإعلان إليه ولم تذكر الطاعنة ذلك بورقة الإعلان وسلم المحضر الإعلان لمن قرر أن المطعون ضده يقيم بالخارج فإن الإعلان يكون باطلاً ، وهذه أسباب سائغة لها سندها من القانون والواقع ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٦٣ ق "أحوال شخصية" جلسة

١٩٧٧/١/١٣ - غير منشور)

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر بحسب ظررف كل حالة ، ما إذا كانت الإقامة تنتم بالاستقرار من عدمه . وهو فى هذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يدخل فى نطاق الواقع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللآزم توافرها فى الوطن من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦)

٢- " لا وجه لما يثيره الطاعن من أن الحكم لم يدل على قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللآزم توافرها فى الوطن، إذ أن ذلك من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٩)

٣- " استقرار الإقامة فى مكان معين مرده إلى نية الشخص التى يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية التى تختلف من دعوى إلى أخرى ، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللآزم توافرها فى الوطن- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/٦/١)

٤- " إذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن انتهى إلى أن ميعاد الاستئناف في هذه الدعوى يبدأ من تاريخ إعلان المطعون عليها - المحكوم ضدها - بالحكم الابتدائي بسبب تخلفها عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى وعدم تقديمها مذكرة بدفاعها ، قرر أن إعلانها بالحكم في المنزل ... لايفتح به ميعاد الاستئناف لأن هذا المكان لايعتبر موطنها لها ، وقد استند الحكم في ذلك إلى شهادة من مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية تفيد أن المطعون عليها المذكورة وزوجها اعتبرا مهاجرين للولايات المتحدة الأمريكية وأنها لم تحضر إلى مصر طوال سنة ١٩٧٣ وهى السنة التى رفعت فيها الدعوى الابتدائية وتم خلالها إعلان الحكم الصادر فيها، ثم أوضح الحكم أنه لايجوز من ذلك ما جاء بتلك الشهادة من أن المطعون عليها تقيم لدى حماتها بالمنزل سالف الذكر عندما تحضر إلى مصر ، إذ هى ملزمة قانونا بالإبلاغ عن محل إقامتها إبان وجودها بالأراضى المصرية . ولما كانت هذه الأسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق وفيها الرد الضمنى على ما أثارته الطاعنة من منازعة فى هذا الخصوص ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب لايعنو أن يكون جدلا موضوعيا بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التى انتهى إليها الحكم مما لايجوز التحدى به أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧)

٣- النتائج المترتبة على أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى للموطن :

رأينا أن القانون المصرى يأخذ فى تحديد الموطن ، بالتصوير
الواقعى، فهو يتخذ الإقامة المستقرة أساسا له .

وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١- إمكان وجود أشخاص لا موطن لهم ، فالشخص الذى لا يقيم
بصفة دائمة ومستقرة فى مكان معين لا يوجد له موطن بالمعنى
القانونى وذلك مثل البدو الرحل والملاحين الذى يقضون كل أو
أغلب وقتهم فى البحر . فالموطن يدور وجودا وعدما مع الاستقرار
على وجه الاعتياد فى مكان ما فمتى توافرت تلك الشروط توافر
وجود الموطن ومتى انعدمت انعدم الموطن .

٢- إمكان تعدد الموطن ، فيجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر
من موطن وسنعرض لذلك بشئ من التفصيل .

٣- إمكان تغير موطن الشخص من مكان إلى مكان بمجرد
تغيير الإقامة ، فإذا استقر المقام بشخص فى بلد ، كان هذا موطنه .
فإذا تركه ، مزمعا الإقامة فى بلد آخر ، انقطع موطنه فى البلد
الأول ، وثبت فى البلد الثانى بمجرد توافر الإقامة المستقرة فيه^(١).

(١) حسن كيره ص ٥٦٥ - حمام الأهواى ص ٢١٢ - عبد المنعم
البدراوى ص ١٢٦ وما بعدها .

٤- الفرق بين الموطن وبين محل الوجود أو محل السكن :

توافر عنصر الاستقرار فى المكان ، حتى يعتبر موطننا ، هو ما يميز الموطن عن محل الوجود أو محل السكن . ففى حين أن الموطن يعنى الإقامة المستقرة فى المكان ، لايمنى محل الوجود أو محل السكن إلا المكان الذى يوجد الشخص فيه بصفة غير مستقرة. ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى الاسكندرية ليصطاف فيها، فالاسكندرية لاتعتبر موطننا له ، مادامت ظروف الحال تتم عن إقامته فيها بغرض الاصطاف ، فتبعد عنها لذلك دلائل الاستقرار^(١).

٥- يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن :
" ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن الخ " .

فقد أجازت هذه الفقرة أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، وهذه نتيجة لأخذ المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد بالتصوير للواقعى للموطن ، فمادام الموطن يتحدد بالإقامة المستقرة ، فهو يتعدد بتعدد الأمكنة التى يتوافر فيها للشخص هذا النوع من الإقامة . ومثال ذلك أن يتعود شخص الإقامة بعض العام

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦ - نبيل سعد ص ١٥١ .

فى الريف وبعضه الآخر فى المدينة ، أو أن يكون له فى القاهرة
منزلان ، يقيم فى كل منهما فترة من الزمن أو كان للشخص
زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان منفصل عن مكان الأخرى.
فكل من المكانين يعتبر موطناً للشخص ويعتبر كل منهما مركزاً
قانونياً له بصرف النظر عن المدة التى يقضيها فى كل منزل^(١).
وقبول فكرة تعدد الموطن ينطوى فى الحقيقة على كثير من التيسير
للمتقاضين بإتاحة الوصول إلى الشخص المراد إعلانه واختصامه.
وقد قضت محكمة النقض بأن :

لما كانت المادة ٢/٤٠ من القانون المدنى تنص على أنه يجوز
أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن وكان الطاعن قد
عين موطناً له فى عقد الإيجار هو العين المؤجرة لإعلانه فيه بكل
ما يتعلق بتنفيذ هذا العقد ، فإن هذا الموطن يظل قائماً ويصح
إعلانه فيه ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه والأوراق
أن المطعون ضده الأول أعلن الطاعن بصحيفة للدعوى وبصحيفة
الاستئناف فى ذلك الموطن فإن الإعلان يكون صحيحاً ."

(طعن رقم ٥٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٠)

٦- يجوز ألا يكون للشخص موطناً ما :

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها على أن :

(١) حسام الأهوائى ص ١١٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٢٦ ومابعدهما.

" كما يجوز ألا يكون له موطن ما " فمادام الموطن يتحدد بالإقامة المستقرة، فمن المتصور أن نجد أشخاصا ولا موطن لهم . ويحصل ذلك كلما انتقلت عن الشخص الإقامة المستقرة في مكان معين. ومثال الأشخاص الذين لا موطن لهم البدو الرحل، الذين لا يقر لهم على أرض قرار ^(١).

وكذلك الشخص الذى ترك موطنه بأن قطع إقامته فيه وقصد عدم الرجوع إليه ، وخرج ساعيا وراء موطن جديد ولم يهتد بعد إلى ذلك الموطن الجديد .

وكذلك المشردين الذين ليست لهم حرفة ثابتة وليس لهم قرار فى مكان معين .

٧- عدم انطباق وصف الموطن على منزل العائلة :

لا ينطبق وصف الموطن على منزل العائلة ، إلا إذا ثبت إقامة الشخص بهذا المنزل على وجه الاعتياد والاستقرار .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الموطن الأصلى - كما عرفته المادة ٤١ من القانون المدنى - هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . وهذا الوصف لا ينطبق على منزل العائلة إلا إذا ثبتت إقامة الشخص المراد إعلانه فيه على وجه الاعتياد والاستقرار فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه منزل

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٤٢.

العائلة موطنا للطاعنين- يجوز توجيه إعلان الحكم المستأنف إليهم فيه - بغير إثبات إقامتهم فيه فإنه يكون قد أخطأ في القانون ."

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٠/٣/١٩٦٦)

٨ - مكتب المحامى لا يعد موطنا عاما :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إن ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات من أن المقصود بلفظ الموطن - دون وصف في المادة المذكورة هو الموطن العام للشخص وفقا لأحكام القانون المدنى وذلك رغبة في توحيد المصطلحات في قانون الموضوع وقانون الإجراءات ، وإذ كان للموطن كما عنت به المادة ٤٠ من القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة فإنه يكون بذاته - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - المقصود بالموطن الذى أوجبت المادة ٢١٤ من قانون المرافعات أن يلتزم إعلان الطعن فيه للخصم ولما كان مكتب المحامى وفقا لهذا التعريف لا يعتبر موطنا له فإن إعلانه بالطعن الخاص به فى مكتبه يكون باطلا ."

(ب) - " جواز اعتبار مكتب المحامى موطن أعمال له بوصفه المكان الذى يباشر فيه مهنته على نحو ما نصت عليه المادة ٤١ من القانون المدنى ، على أن ذلك يقتصر على الأعمال المتعلقة به

والمتصلة بمهنته وعمله فيه كمحام ومن ثم فلا يتعداها إلى ما يتعلق
بغيرها من الأعمال أو بغيره من الأشخاص . لما كان ذلك ، فإنه
لايستقيم - فى صحيح القانون- اعتبار مكتب المحامى موطنا
لموكليه فى مفهوم ما نصت عليه المادتان ٤٠ ، ٤١ من القانون
المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٠)

مادة (٤١)

يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

الشرح

٩- الموطن الخاص :

إلى جانب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة إلى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام ، قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانونى بالنسبة إلى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ومن صور ذلك الموطن التجارى أو الحرفى .

١٠- الموطن التجارى أو الحرفى :

رأينا أن المادة ٤١ تنص على أن يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

وهذا النص يتعلق بالموطن الخاص لمن يعمل بالتجارة أو بأى حرفة أخرى كالمهنة الحرة مثل المحامين والأطباء وأصحاب المكاتب الهندسية ومكاتب المقاولات .

فلا يقتصر حكم النص على بعض الحرف أو المهن دون الأخرى ، فيكفى أن يتعلق الأمر بعمل أو بحرفة أو بمهنة يمارسها

الشخص على سبيل الاستقلال، أى يلزم أن يكون الشخص هو صاحب أو أحد أصحاب هذا العمل . وبذلك يستبعد من يعملون لدى الغير كموظفين أو عمال أو تابعين ، حتى ولو كان هؤلاء يعملون لدى الحكومة ^(١)، وإذن لا يعتبر المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله موطنًا خاصًا .

وموطن الأعمال هو موطن خاص ، ولذلك يجب أن يظل مقصورا على ما يتعلق بأعمال التجارة أو الحرفة فقط، أما بالنسبة لسائر الأعمال ، فيخاطب الشخص فى شأنها فى موطنه العام ^(٢).
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى هذا النحو يوجد إلى جانب الموطن الذى يعينه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ثلاثة أنواع من الموطن:
أولاً : موطن أعمال يكون مقصورا على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص . ويعتبر النص الخاص بموطن الأعمال أظهر تطبيق لفكرة تعدد الموطن وقد استرشد المشروع فى تقريره بأحكام المادة ٢٣ من التقنين المدنى السويسرى . فالمكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو صناعة أو حرفة يعتبر بالنسبة إلى الغير موطنًا له فيما يتعلق بإدارة أعمال هذه التجارة أو الصناعة أو الحرفة ... " ^(٣).

(١) نعمان جمعه ص ٤٣٨ .

(٢) عبد المنعم الببراوى ص ١٣٠-نبيل سعد ص ١٥٤-حسن كبره ص ٥٦٨.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤٤ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" موطن الشخص كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه عادة ومن ثم لا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطناً له . وإذا فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه أعلن بتقرير الطعن في مكان وظيفته باعتباره مأموراً لإصلاحية الرجال مخاطباً مع أحد الموظفين معه لغيابه مع أن الدعوى أقيمت عليه بصفته الشخصية فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلاً " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ١٩٩١ ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

٢- " تجيز المادة ٤١ من القانون المدني اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطناً للتاجر بجانب موطنه الأصلي للحكمة التي أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تقيد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين ... الخ " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٣- " ... كما أن من المقرر أن الموطن كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، ومن ثم فلا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطناً له يصح إعلانه فيه " .

(طعن رقم ٣٠٢٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٦ - لم ينشر بعد)

وإذا تعددت أنشطة صاحب الشأن ، كان لكل منها موطن أعمال خاص بها ، بحيث لايجوز اتخاذه موطنًا خاصًا في إحداها بغير ما يتعلق بالنشاط الذى يمارسه .

واعتبار المكان موطن أعمال على النحو المتقدم مرهونا باستمرار نشاط المعلن إليه فيه ، بحيث يكون له مظهره الواقعى الذى يدل عليه .

وليس ثمة ما يمنع من أن يتخذ الشخص فى موطنه التجارى موطنًا مختارًا لتنفيذ عمل قانونى معين ، وفى هذه الحالة لا يترتب على تغيير الموطن التجارى تغيير الموطن المختار ، إلا إذا أفصح صاحبه كتابة عن رغبته فى تغييره لأن الموطن المختار لا يثبت قيامه أو تفسيره إلا بالكتابة، ولا ينفذ هذا التغيير فى مواجهة خصمه إلا إذا كان قد أخطره بذلك عملاً بالمادة ١٢ مرافعات^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ليس فى القانون ما يمنع من أن يتخذ الشخص من موطنه التجارى موطنًا مختارًا لتنفيذ عمل قانونى معين، وفى هذه الحالة لا يترتب على تغيير الموطن للتجارى تغيير الموطن المختار لهذا العمل ، ما لم يفصح صاحبه عن رغبته فى تغييره. وإن كانت المادة ٤٣ من القانون المدنى تشترط الكتابة لإثبات الموطن

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ثقلين للمرافعات فى ضوء القضاء والفقہ الجزء الأول ص ١٥٠ .

المختار، فإن أى تغيير لهذا الموطن ينبغي الإفصاح عنه بالكتابة، ولايغير من ذلك ما يثيره الطاعن من علم الشركة المطعون ضدها بتغيير الطاعن لموطنه التجارى الوارد بالعقد طالما أن الطاعن لم يفصح كتابة عن إرادته فى اتخاذ هذا الموطن الجديد موطنًا مختارًا لتنفيذ الإجراء المتفق عليه فى العقد " .

(طعن رقم رقم ٩٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

٢- " عينت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ الجمعية التعاونية الزراعية التى يقدم إليها الإخطار بالدين بأنها الجمعية التعاونية الزراعية الواقع فى دائرتها محل إقامة المدين ، دون أى تحديد آخر. وإذا كان النص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على اعتبار محل الحرفة موطنًا خاصًا للشخص بالنسبة للأعمال المتعلقة بحرفته هو مجرد تطبيق لفكرة تعدد الموطن للتيسير على المتعاملين ، كما أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون ، فإن الحكم المطعون فيه إذا رد على ما أثاره الطاعن فى هذا الخصوص بقوله " إذا كان الثابت من إعلان المستأنف - الطاعن- بصحيفة افتتاح الدعوى أنه قد أعلن مبنى مزار الذى يقيم فيه ... وكان المستأنف عليه قد أخطر رئيس الجمعية التعاونية الزراعية ببني مزار بدينه قبل المستأنف فإنه لا يكون مخطئًا فى القانون " .

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٩)

١١- أمثلة للمنازعات المتعلقة بموطن الأعمال :

يعتبر من الأنزعة المتعلقة بموطن الأعمال ، والتي يجوز مباشرة الأعمال القانونية ضد صاحب التجارة أو الحرفة فيه ما يأتي :

١- النزاع حول إجارة المكان الذى يباشر فيه صاحب التجارة أو الحرفة فيه تجارته أو حرفته ^(١).

وقد قضت محكمة النقض - فى حكم غير منشور لها- بأن :

" ... لما كان ذلك وكان اللين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على سند من بطلان إعلان المطعون ضده بصحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة وبالحكم الصادر فيها لإجرائه بالعين المؤجرة وليس بمحل إقامته ، وذلك دون أن يناقش ما تمسك به الطاعن من أن المطعون ضده إنما يزاول حرفة "تجار" بهذه العين والتي يدور النزاع فى الدعوى حول التزامه بسداد أجرتها وهما مما يدخل فى أعمال إدارتها باعتبار أن العين التى يقوم فيها النشاط التجارى أو الحرفى تعد عنصرا جوهريا فى هذا النشاط وهو دفاع جوهري يتغير به- لو صح - وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتحجب بذلك عن بحث مدى استمرار

(١) محمد عبد العزيز ص ١٥٠ .

النشاط الحرفي للمطعون ضده قائما بالعين المشار إليها وقت الإعلان ... الخ " .

٢- إعلان صاحب مكتب لسيارات النقل فيما يختص بدعوى تعويض عن وفاة شخص كان يعمل لديه وتوفى نتيجة انقلاب سيارة نقل مملوكة لصاحب المكتب أثناء قطرها بسيارة مملوكة له أيضا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنه فيما يتعلق بأعمال إدارة هذه التجارة أو الحرفة وفقا لنص المادة ٤١ من القانون المدنى . وإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن مهنته صاحب مكتب لسيارات النقل وأن المجنى عليه كان يعمل مساعد ميكانيكى لديه وأن وفاته نتجت عن انقلاب سيارة نقل أثناء قطرها بسيارة نقل أخرى وأن السيارتان مملوكتان للطاعن فإن مفاد ذلك أن الحادث نتج عن النشاط التجارى للطاعن ومن ثم يكون إعلانه فى محله التجارى صحيحا فى القانون " .

(طعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٩)

٣- مطالبة تاجر بثمان سلعة اشتراها ولم يدفع ثمنها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ولما كان المكان الذى أعلن فيه الطاعن طبقا لأسباب الحكم السابق إيرادها ينصب على محل تجارته بالقاهرة وكان الثابت بالحكم أن أمر الأداء الذى أعلن إليه فى هذا المحل قد صدر فى شأن يتعلق بالتجارة التى كان يباشرها فيه وقت الإعلان (قيمة بضائع من شبابيك وأبواب) فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلية بالسعودية وأنه غادر محل إقامته فى مصر لأن الإقامة الفعلية ليست عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل ... الخ " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٤- طلب إخلاء صاحب التجارة أو الحرفة من المكان المؤجر إليه ويمارس فيه تجارته أو حرفته لأى سبب من الأسباب التى يجيزها القانون .

غير أن مكتب المحامى لا يعتبر موطن أعمال بالنسبة لموكله.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جواز اعتبار مكتب المحامى موطن أعمال له بوصفه المكان الذى يباشر فيه مهنته على نحو ما نصت عليه المادة ٤١ من القانون المدنى ، على أن ذلك يقتصر على الأعمال المتعلقة به

والمتصلة بمهنته وعمله فيه كمحام ومن ثم فلا يتعداها إلى ما يتعلق
بغيرها من الأعمال أو بغيره من الأشخاص لما كان ذلك ، فإنه
لايستقيم - فى صحيح القانون - اعتبار مكتب المحامى موطننا
لموكلية فى مفهوم ما نصت عليه المادة ٤٠ ، ٤١ من القانون
المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ قى جلسة ١٩٧٩/١/٢٠)

١٢- متى يتوافر موطن الأعمال ؟

يتوافر موطن الأعمال ما بقى النشاط التجارى أو الحرفى
مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه ، فليست الإقامة الفعلية
عنصرا لازما فى موطن الأعمال .
والقول ببقاء للنشاط مستمرا ووجود مظهر خارجى يدل عليه
مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " تجيز المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل
التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطننا للتاجر بجانب
موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد
الموطن تعدد بالأمر الواقع وتستجيب لإحاجة المتعاملين . فإذا كان
الثابت أن أمر الأداء الذى أعلن للطاعن فى محل تجارته بالقاهرة
قد صدر فى شأن يتعلق بالتجارة التى كان يباشرها وقت الإعلان

فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلية بالسعودية وأنه غادر محل إقامته في مصر لأن الإقامة الفعلية ليست عنصرا لازما في موطن الأعمال الذي يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه . وإذا كان الجدل حول قيام هذا النشاط هو جدل فى تقدير موضوعى بحسب الحكم المطعون فيه أن أورد الأدلة المسوغة له فإن إعلان أمر الأداء يكون قد وقع صحيحا .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٢- " غلق المحل للتجارى وقت الإعلان لا يفيد بذاته إنهاء النشاط التجارى فيه " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٣- " تجيز المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة بالنسبة للأعمال المتعلقة بها موطنا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع ، وتستجيب لحاجة المتعاملين ، ولا تعتبر الإقامة الفعلية عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه " .

(طعن رقم ٣٩٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٤/١)

٤- " النص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على أن يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجاره أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة وفى المادة ٩٤٧ من

قانون المرافعات على أن تختص المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها آخر موطن للمورث بتعيين مصفى للتركة وعزله واستبدال غيره وبالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية بدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن مفهوم الموطن فى حكم المادة ٩٤٧ من قانون المرافعات ينصرف إلى المكان الذى يقيم فيه المورث قبل وفاته لا إلى المكان الكائن به محل تجارته لأن المشرع وإن أجاز فى المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطنًا للتاجر بجانب موطنه الأصلي للحكمة السنى أفصح عنها من أن قاعدة تعدد الموطن تعدد بالأمر الواقع تستجيب لحاجة المتعاملين إلا أن إعمال هذه القاعدة يبقى ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى فإن توقف أو انتهى انتهت الحكمة من تطبيقها .

(طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٢/٤/٩)

١٣- الأماكن الملحقة بالنشاط التجارى أو الحرفى لا تعتبر

موطنًا لإدارة الأعمال :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أن " يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلي " وفى المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة " وفى المادة

٤١ من ذات القانون على أنه " يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة " فكل ذلك يدل على أن المشرع قد اعتد بالتصوير الواقعى للموطن فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادى وجعل المعول عليه فى تعيين الموطن الإقامة المستقرة ، بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم الشخص فيه على وجه يتحقق فيه شرط الاعتقاد ، وإضافة للموطن الأصلى ، اعتبر المشرع المحل أو مركز إدارة نشاط التاجر أو الحرفى الذى يزاول فيه نشاطه موطناً له بالنسبة للخصومات المتعلقة بهذه أو تلك فيصح إعلانه فيه بكافة الأمور المتعلقة بها طالما أن مباشرته لتجارته أو حرفته فيه له مظهره الواقعى الذى يدل عليه ، بأن يكون المكان هو مركز نشاط التاجر أو الحرفى الذى يتواجد به على نحو يتوافر فيه شرط الاعتقاد ويدير منه أعماله المتعلقة بالتجارة أو الحرفة فلا تعتبر الأماكن الملحقة بالنشاط التجارى أو الحرفى كالمخازن وأشباهها التى لا يدار منها النشاط على نحو معتاد موطناً لإدارة الأعمال وإنما يكون الموطن الذى يصح الإعلان فيه هو مكان إدارة النشاط لأنه هو الذى يتواجد به التاجر أو الحرفى على وجه يتحقق به شرط الاعتقاد .

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٨ - لم ينشر بعد)

٢- " من المقرر أنه يوجد إلى جانب المواطن الذى يعينه الشخص باختياريه من جراء إقامته المعتادة فيه ، ثلاثة أنواع من المواطن : أولاً : موطن أعمال يكون مقصوراً على ناحية معينة من نواحى نشاطه الشخصى ويقتصر جواز الإعلان فيه على الإعلان الذى يتعلق موضوعها بإدارة النشاط الذى يباشره فيه المعلن إليه. ثانياً : موطن قانونى ينسب القانون للشخص ولو لم يتم فيه عادة كما هو الحال فى حالة القاصر والمحجور عليه. ثالثاً: محل مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين " .

(طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٦٩ فى جلسة ٢٠٠١/٦/٦ - لم ينشر بعد)

١٤- مباشرة الإجراءات القانونية فى موطن الأعمال جوازى:

ذكرنا أن القانون أجاز موطن الأعمال بجانب المواطن العام للشخص ، فموطن الأعمال ليس بديلاً للموطن الأصلى ، فيظل المواطن الأصلى قائماً ويضاف إليه موطن الأعمال . ومن ثم يكون صاحب الشأن بالخيار بين مباشرة الإجراءات القانونية فى المواطن الأصلى أو فى موطن الأعمال .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عينت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ الجمعية التعاونية الزراعية التى يقدم إليها الإخطار بالدين بأنها الجمعية التعاونية الزراعية الواقع فى دائرتها محل إقامة

المدين ، دون أى تحديد آخر . وإذ كان النص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على اعتبار محل الحرفة موطننا خاصا للشخص بالنسبة للأعمال المتعلقة بحرفته هو مجرد تطبيق لفكرة تعدد الموطن للتيسير على المتعاملين ، كما أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على ما أثاره الطاعن فى هذا الخصوص بقوله " إذا كان الثابت من إعلان المستأنف - الطاعن - بصحيفة افتتاح الدعوى أنه قد أعلن ببندر بنى مزار الذى يقيم فيه ... وكان المستأنف عليه قد أخطر رئيس الجمعية التعاونية الزراعية ببني مزار بدينه قبل المستأنف " ، فإنه لا يكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٩)

مادة (٤٢)

- ١- موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .
- ٢- ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها .

الشرح

١٥- الموطن العام للقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب:

الموطن العام الذى نصت عليه المادة ٤٠ من التقنين المدنى ، هو الموطن الذى يتحدد بالإقامة المعتادة على النحو السابق بيانه . والأصل أن يتحدد بإرادة الشخص ولذلك يسمى بالموطن الإرادى أو الاختيارى . ولكن هذا لا يكون إلا بالنسبة لكامل الأهلية، وهم البالغون سن الرشد دون أن يحجر عليهم لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ودون أن يفقدوا أو يغيبوا فيعين لهم وكيل يتولى عنهم أمورهم . وعلى ذلك فإنه فى الحالة التى لا يكون فيها الشخص غير كامل الأهلية فإن القانون هو الذى يحدد موطن الشخص ولذلك يسمى بالموطن القانونى أو الإلزامى .

وتنص الفقرة الأولى من المادة على أن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

وعلى ذلك يكون موطن القاصر هو موطن الولى أو الوصى
وموطن المحجور عليه هو موطن القيم .

فهذا الموطن الإلزامى للأشخاص سالفى الذكر ليس هو مكان
الإقامة المعتادة لهم وإنما هو موطن حكمى وذلك بأن جعل موطنهم
موطن من ينوب عنهم قانونا بصرف النظر عما إذا كانوا يقيمون
معه أولا يقيمون .

ويظل الموطن الإلزامى قائما طالما بقى السبب الذى استلزم
اتخاذ أى طالما ظل الشخص قاصرا أو محجورا عليه أو غائبا .
فإذا زال السبب ، فإنه يرجع إلى الأصل العام ، وهو تحديد الموطن
على أساس الإقامة الفعلية^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ثانيا : موطن قانونى ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيه
عادة كما هو الأمر فى حالة القاصر والمحجور عليه والمفقود فإن
القانون يجعل من موطن وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله موطنا له .
وفى هذه الحدود يحتفظ المشروع لفكرة الموطن بنصيب من طابعها
الحكمى . ورعاية لمصلحة القصر والمحجورين بوجه عام . ولا يترح
أكثر التقنيات تشددا فى الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن من إقرار

(١) نبييل إبراهيم سعد ١٥٣ وما بعدها - للدكتور محمد على عرفه مبادئ

مثل هذا الحكم (انظر المواد من ٨ - ١١ من التقنين المدني الألمانى) ^(١).

١٦- موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات :

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة جاز أن يؤخذ له فى مباشرة بعض الأعمال القانونية ، تلك هى الأعمال المتعلقة بإدارة أمواله (م ١١٢ مدنى). ويكون للقاصر بالنسبة لهذه الأعمال كامل الأهلية، وإن ظل قاصر الأهلية فيما عداها .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢ على استثناء من القاعدة المقررة فى فقرتها الأولى من أن موطن القاصر هو موطن من يمثله قانونا ، على أنه : " يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة للأعمال التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " ، فنصت على أن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة والمحجور عليه ، يكون له إلى جوار موطنه العام وهو موطن إلزامى كما رأينا ، موطن خاص بالنسبة لأعمال الإدارة التى يباشرها .

وهذا الموطن الخاص يتحدد تحديدا اختياريا ، سواء بمحل إقامته للعادية وهو الأصل أو بمحل مباشرة ما يكون مأذونا فيه من تجارة

(١) مج ، عة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٤٤ .

أو حرفة أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين يكون أهلا لمباشرته فيكون حكم هذا الشخص إذن من حيث الموطن - في الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الأهلية .

وهذا الموطن مقصور على أعمال الإدارة التي يباشرها القاصر المأثون ومن في حكمه دون سواها ، أما غيرها من الأعمال وهي التي يباشرها عنه ممثله القانوني فيخاطب بشأنها في موطن هذا الممثل ، كما أسلفنا ^(١).

وتلك القاعدة ليست خاصة فقط بالقاصر الذي يبلغ الثامنة عشرة بل تسرى أيضا على من في حكمه فالقاصر الذي يبلغ السادسة عشرة يكون له موطن خاص فيما يتعلق بالأعمال التي يؤذن له القيام بها بمفرده .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

ثانيا : موطن قانوني ينسب القانون للشخص ولو لم يقم فيه عادة كما هو الأمر في حالة القاصر والمحجور عليه والمفقود فإن القانون يجعل من موطن وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله موطنا له . وفي هذه الحدود يحتفظ المشروع لفكرة الموطن بنصيب من طابعها

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٣٠ ومابعدا - حسن كيره ص ٥٦٩ .

الحكمى . ورعاية لمصلحة القصر والمحجورين بوجه عام . ولا يترحج أكثر التقنيات تشددا فى الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن من إقرار مثل هذا الحكم (أنظر المواد من ٨ - ١١ من التقنين المدنى الألمانى) ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤٤ .

مادة (٤٣)

- ١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .
- ٢- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .
- ٣- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى .

الشرح

١٧- الموطن المختار :

يقصد بالموطن المختار (le domicile élu) المحل - غير مكان الإقامة المعتادة - الذى تتصرف الإرادة إلى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام. واتخاذ موطن مختار إرادى على هذا النحو، يستوى أن يكون بالعقد أو بالإرادة المنفردة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة على هذا الموطن الخاص بقولها : " يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين " .

ومثال ذلك أن : ستار الشخص موطننا له مكتب محاميه ، أو يختار الدائن المرتهن : طننا له فى دائرة المحكمة التى بها العقار

المرهون ، وذلك عند قيد الرهن . (م ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى) ، وكما إذا اشترى شخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لتنفيذ هذا البيع .

١٨- الموطن المختار يسرى بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعمل القانونى :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن : " والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى " .

ومعنى هذا أن تعيين موطن مختار للوفاء (أى التنفيذ) الاختيارى ، يكون أيضا موطنا مختارا للتنفيذ الجبرى، فإذا اتفق فى البيع على اتخاذ المشتري موطنا مختارا لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، كان هذا الموطن هو محل مقاضاته بشأن البيع واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى . هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الأعمال دون الأخرى . ولكن العكس غير صحيح، فالاتفاق على موطن خاص للنقاضى لا يجعل ذلك الموطن موطنا للوفاء الاختيارى (١).

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ١٣٢- عبد المنعم للصدده ص ٩٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى هذا النحو يوجد إلى جانب الموطن الذى يعينه الشخص باختباره من جراء إقامته المعتادة فيه ثلاثة أنواع من الموطن ...

ثالثا : موطن مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين
كما إذا اختار موطنا له مكتب محاميه وكما يختار الدائن المرتهن موطنا فى دائرة محكمة العقار عند قيد الرهن ، وكما إذا اشترى شخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع ، ولا يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة ، ويكون الموطن فى هذه الحالة مقصورا على الأعمال المتعلقة بتنفيذ البيع كاستيفاء أقساط الثمن ومطالبة المشتري بسائر التزاماته ومقاضاته بشأن البيع واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى، هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الأعمال دون الأخرى. وغنى عن البيان أن فكرة الموطن المختار تتمشى مع التصوير الحكمى والتصوير الواقعى للموطن على حد سواء .

ويبين مما تقدم أن الشخص قد يكون له موطنه المعتاد وإلى جانبه موطن لأعمال حرفته . وموطن حكمى فى حالة الحجر والغيبة وموطن مختار لعمل قانونى معين " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٤٤ ومابعدهما .

والحكمة من اتخاذ موطن مختار بالنسبة لعمل معين قد يكون تثبيت الموطن طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ عمل قانونى معين دون تأثير لتغيير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين يقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز إجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا^(١).

١٩- فترة سريان الموطن المختار :

يستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به .

والأصل أنه لايتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانونى المتعلق به إلا بنفس طريق تقريره . فإذا كان بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك ، ولكن يجوز لأى الطرفين الأفراد بتغييره إذا كان مقررًا لمحضر صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الإضرار بالطرف الآخر طالما يتم إعلانه به^(٢).

وإذا كان اختيار الموطن المختار قد تم فى عقد ، فإنه يعتبر شرطًا من شروطه ، ولذلك فإن هذا الاختيار يكون ملزمًا للخلف

(١) حسن كيره ص ٥٧٠ .

(٢) حسن كيره ص ٥٧١ .

العام للمتعاقد ، شأنه شأن أى شرط من شروط العقد . فالمواطن الذى لاختاره المورث لتنفيذ التزاماته الناشئة من العقد ، يكون أيضا- فى خصوص هذا العقد- موطنا مختارا لورثته . وذلك بخلاف المواطن العام فإنه من خصائص الشخص التى لا تنتقل منه إلى غيره ^(١).

٢٠- المواطن المختار قد يكون إجباريا :

القاعدة أن المواطن المختار لا يكون اتخاذه إجباريا ولكن القانون فى بعض الأحوال الاستثنائية يجبر الأفراد على اتخاذ مواطن مختار فى مكان معلوم . ومثل ذلك المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى التى توجب أن يختار الدائن المرتهن موطنا مختارا له فى دائرة المحكمة التابع لها العقار وإلا صح إعلانه فى قلم كتاب هذه المحكمة .

وكذلك ما تنص به المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات الجديد من أن " على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر للمحكمة أن يتخذ له موطنا فيه " .

٢١- إثبات المواطن المختار بالكتابة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ولا يجوز إثبات وجود المواطن المختار إلا بالكتابة " .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٣٢ وما بعدها .

ومفاد ذلك أن المشرع تطلب الكتابة لإثبات الموطن المختار،
والحكمة من ذلك أن الموطن المختار استثناء من القاعدة العامة التي
تقرر بأن الموطن العام للشخص هو محل إقامته المعتاد، ورغبة من
المشرع في أن يحسم كل ما قد يثور حول اختيار هذا الموطن .
وعلى ذلك فإن الكتابة أصبحت ضرورية لإثبات الموطن المختار،
وذلك أيا كانت قيمة العمل القانوني الذي من أجله اختار المتعاقدان
موطنا خاصا .

وهذه الكتابة التي لايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بها،
قد تكون شرطاً في العقد ، وقد تكون ورقة صادرة من الشخص،
كما إذا عين المدعى في صحيفة دعواه موطنا مختارا هو مكتب
أحد المحامين^(١) .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٣١ وما بعدها - حسام الأهواني ص ١٢٤ .

مادة (٤٤)

- ١- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
- ٢- ومن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

الشرح

٢٢- الأهلية :

الأهلية فى اللغة العربية تعنى الصلاحية لأمر معين ، وفى لغة القانون هى أيضا الصلاحية لاكتساب الحقوق والصلاحية لإبرام التصرفات القانونية .

وبذلك فهى تستخدم فى القانون للتعبير عن معينين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء . فالأهلية تنقسم إلى نوعين : أهلية وجوب ، وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات. وأهلية أداء ، وهى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله واجبا .

والأحكام التى تنظم الأهلية فى مظهرها تمس النظام العام فى الصميم ، لأنها تؤثر تأثير بالغ فى حياة الشخص القانونية والاجتماعية .

ونتناول فيما يلى أهلية الوجوب ثم نتناول أهلية الأداء .

٢٣. أهلية الوجوب :

أهلية الوجوب (capacité de jouissance) هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أو هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه .

وأهلية الوجوب تدور وجودا وعدما مع الحياة نفسها ، وعلى ذلك فالشخص منذ ميلاده حتى وفاته يوجد لديه أهلية وجوب كاملة ذلك أنه قابل وبصرف النظر عن سنه أو ملكاته العقلية، لأن يكسب حقا وأن يتحمل بالتزام . بل إنه في بعض الأحوال الاستثنائية مثل حالة الحمل المستكن تثبت له قبل ولادته أهلية وجوب في حدود معينة يحددها القانون .

ولما كانت أهلية الوجوب تدور مع الحياة وجودا وعدما من حيث المبدأ فإن الطفل له حق الميراث بصرف النظر عن سنه. ويمكن أن يكون الطفل مالكا لأمواله^(١).

وأهلية الوجوب في الأصل يتساوى فيها الناس جميعا ، ذلك أن الناس كفاعدة عامة متساوون في التمتع بالحقوق.

(١) الدكتور حسام الدين الأهواني نظرية الحق طبعة ١٩٧٣ ص ١٤٣-

الدكتور عبد المعص النبrawى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى

ولكن استثناء قد تكون هذه الأهلية مقيدة بالنسبة لبعض الحقوق.
ومثل ذلك :

١-الجنسية : فالحقوق السياسية لا تثبت إلا للوطنين دون
الأجانب .

٢- السن : فالحقوق السياسية لا تثبت للشخص إلا إذا بلغ سنا
معينة .

٣- الحكم على الشخص ببعض العقوبات : فهو يحرم الشخص
من حقوقه السياسية إلى أن يرد له اعتباره .

وإذا كانت أهلية الوجوب لاتحد إلا بالنسبة إلى الحقوق السياسية
دون المدنية ، إلا أنه في بعض الأحوال الاستثنائية يرد القيد عليها
بالنسبة إلى هذه الحقوق الأخيرة ، وأهم هذه الأحوال حرمان
الشخص من الحق في أن يرث قريبه ، إذا كان قد قتل عمدا بغير
حق ولا عذر ، أو شهد زورا شهادة أنت إلى إعدامه (المادة ٥ من
قانون المواريث) .

وكذلك يحرم الشخص من أن يرث قريبه ، إذا اختلفا في
الإسلام (المادة ٦ من قانون المواريث) ^(١).

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ٨٠-

الدكتور محمد حسام محمود لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨
ص ١٣٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن شخصية الإنسان وهى صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه لا تبدأ كأصل عام وطبقا لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدنى - إلا بولادته حيا ، ومن ثم فإن لم يكن موجودا على قيد الحياة عند وفاة آخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه - ماديا كان هذا الضرر أو أدبيا - حتى ولو كان من أقاربه إلى الدرجة الثانية الذين أجازت المادة ٢٢٢ من القانون ذاته تعويضهم عما قد يصيبهم من ألم من جراء تلك الوفاة ، لأن المشرع بهذا النص قصر الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الشخصى المباشر على من كان من هؤلاء موجودا على قيد الحياة فى تاريخ الوفاة دون أن يوسع من نطاق هذا الحق بحيث يشمل من لم يكن له وجود حين الوفاة ، سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب ، فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبى نتيجة موته . "

(طعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨ - لم ينشر بعد)

" أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ماهية كل منهما . جواز أن تتوفر للشخص الطبيعى أهلية الوجوب دون أهلية الأداء . مؤداه . حلول إرادة نائبه محل إرادته مع انصراف الأثر القانونى إلى الأخير " .

(طعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣ - لم ينشر بعد)

٢٤- أهلية الأداء :

أهلية الأداء (capacité d'exercice) هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله ديناً على وجه يعتد به قانوناً ، كأهلية الشخص فى أن يبيع ماله أو يرهنه أو أن يؤجره .

ومناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز فمتى وجد الإدراك والتمييز اكتملت أهلية الأداء والعكس صحيح .

ويجب عدم الخلط بين أهلية الأداء وبين أهلية الوجوب . فالمقصود بأهلية الوجوب هو صلاحية الشخص لأن يكون صاحب حق أو مديناً بالتزام .

فمن المتصور أن يكون شخص متمتعاً بأهلية الوجوب كاملة ولكن تتعدم لديه أهلية الاداء . فمثلاً الصبى غير المميز وهو يقل عمره عن سبع سنوات لديه أهلية وجوب كاملة بمعنى أنه يمكن أن يكون مالكا لشيء ويثبت له الحق فى الإرث ولكن هذا الطفل تتعدم لديه أهلية الأداء بمعنى أنه لا يستطيع أن يقوم بنفسه بأى تصرف قانونى من شأنه أن يكسبه حقاً وأن يحمله بالتزام فلا تتوافر لديه الأهلية اللازمة للشراء أو البيع .

وأهلية الأداء تفترض لقيامها بالضرورة توافر أهلية الوجوب . لأنها تعنى صلاحية للشخص لأن يباشر التصرف القانونى الذى من

شأنه أن يرتب له الحق أو أن يحمله بالالتزام . وطبيعى أنه إذا لم يكن الشخص صالحا لأن يكون صاحبا للحق أو مدينا بالالتزام ، كان التصرف الذى من شأنه أن يرتبهما له غير ذى موضوع ، وبالتالي لا يتصور قيام الأهلية لأدائه^(١).

والقانون لا يستطيع أن يترك ذلك الوضع دون علاج ، فمادام الشخص صالحا لأن يثبت له الحق وعليه الالتزام ، فلا يمكن أن يحرم من أن تجرى لصالحه التصرفات القانونية ، التى هى السبب الغالب فى ترتيب الحقوق والالتزامات . إذ القول بغير ذلك يؤدى إلى شل حياته القانونية ، مما يعود عليه بأفدح الضرر .

فما دام الشخص يتمتع بأهلية وجوب أى أنه قابل للتحمل بالالتزام أو للتمتع بالحق فلا بد وأن يتدخل القانون لينظم كيفية مباشرة التصرفات القانونية التى من شأنها أن تكسب حقا أو تحمل التزاما .

وقد تدخل المشرع فى ذلك بإنشاء نظام الولاية على المال والذى بمقتضاه ينصب شخصا معيناً ليتولى عن معدوم الأهلية أو ناقصها الإشراف على شئونه القانونية ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٨٠ وما بعدها - حسام الدين الأهواى

ص ١١٤ وما بعدها .

٢٥- تمييز أهلية الأداء عن النظم التي تختلط بها :

(أ) - الأهلية والولاية :

نذكرنا أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص أو صلاحيته لمباشرة الأعمال القانونية .

ويقصد بذلك صلاحيته لمباشرة هذه الأعمال لحساب نفسه وإصلاحه . أما الولاية فهي سلطة مقررة للشخص تجعله قادرا على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير ، فتكسبه حقا أو تحمله بالتزام .

فالقاصر لا يستطيع أن يباشر كسب الحقوق ولا تحمل الالتزامات بنفسه . فيقال إنه ناقص الأهلية أو عديمها . وإنما يباشر هذه الأعمال لحسابه ولله أو وصيه . فهذه الأعمال متى صدرت من الولي أو الوصي أحدثت أثرها في ذمة القاصر لا في ذمة الولي أو الوصي، مع أن القاصر فاقد الأهلية . وعندئذ لا يقال إن الولي أو الوصي "أهل" لمباشرة هذه الأعمال بدلا من القاصر ، بل يقال إن له "ولاية" على القاصر تجعل أعماله نافذة في حقه . فأهلية الأداء هي صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لأثارها القانونية في حق نفسه ، والولاية هي سلطة شرعية تقوم على ترخيص القانون ، فتجعل الشخص صالحا لأن يعمل عملا ينفذ في حق شخص آخر^(١).

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ١٤٠- عبد المنعم الصده في نظرية الحق ص ٩٣ وما بعدها .

(ب) - أهلية الأداء وعدم قابلية المال للتصرف فيه :

فى بعض الأحيان يكون مال معين غير قابل للتصرف فيه قانونا ، وذلك مثل الأموال العامة للمملوكة للدولة مثل الطرق والشوارع ومثل الأموال التى يلحقها شرط المنع من التصرف . ولايجب الخلط بين انتفاء أهلية الأداء وبين المنع من التصرف . ففى حالة انتفاء أهلية الأداء يكون الشخص نفسه غير صالح للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية فالشخص نفسه هو الذى يوصف بأنه منعدم أو ناقص الأهلية أما فى حالة المنع من التصرف فإن المال نفسه غير قابل للتصرف فيه فالمنع من التصرف وصف يلحق بالمال نفسه وليس الشخص (١) .

٢٦- كمال الأهلية :

إذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى إحدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الأصل كمال التمييز والإرادة للواعية للبصيرة . ولما كان كمال التمييز والإرادة مناط أهلية الأداء . فيكون هذا الشخص كمال الأهلية كامالا مطلقا بحيث يملك إجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه منها النافع نفعاً محضاً والضار ضرراً محضاً والدائر بين النفع والضرر، سواء كان هذا الشخص مسلماً أو غير مسلم رجلاً أم امرأة .

(١) حكام الدين كمال الأهلية ص ١٤٥ وما بعدها - عبد المنعم الصده
ص : ٤ وما بعدها .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التي كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، بسبب إصابته بعارض يفقده قواه العقلية كالجنون أو العته ، أو يخل بتقديره وتدبيره كالسفه والغفلة . ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية عليه بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لايرفعها إلا قرار من المحكمة فى حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية ^(١).

أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوها ، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفها ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية ، وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له قيماً قد يكون غير الولى أو الوصى ^(٢).

(١) الدكتور حسن كبره المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٥٨٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٢٩ .

مادة (٤٥)

- ١- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .
- ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز .

الشرح

٢٧- فقد التمييز :

أهلية الأداء - كما ذكرنا سلفا - مناطها كمال التمييز . وقد اعتبرت المادة أن فقد التمييز يكون لصغر في السن (الصبي غير المميز) وللعته وللجنون .
ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يأتي :

١- الصبي غير المميز :

إذا كان الصبي لم يبلغ السابعة من العمر - طبقا للتقويم الميلادي- فإن التمييز يكون منعدما تماما عنده . وهو من يعرف لذلك باسم الصبي غير المميز . فقوام التصرفات القانونية هو الإرادة ولا إرادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره .

والأمر لا يرتبط بقياس درجة إدراك الطفل وتمييزه من الناحية الفعلية . وإنما يتعلق الأمر بقرينة قاطعة أى غير قابلة لإثبات العكس، مضمونها أن الطفل دون السابعة من عمره لا يكون مميزا

ولو كان مميزاً بالفعل. وأن الطفل في السابعة من عمره مميزاً حتى ولو تأخر تمييزه وإدراكه إلى ما بعد ذلك (١).

٢- المجنون والمعتوه :

يقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقدّه ويعدم التمييز ويقصد بالعتّه ذلك الخلل الذى يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العته لا يعدم التمييز دائماً كالجنون ، فقد يقتصر أحياناً على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغى معه التفريق فى الحكم بين العته المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العته المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصرى - أمام دقة التمييز بين نوعى العته - أغفل هذا التفريق ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه ، فاعتبر كل منهما عديم الأهلية كالصبي غير المميز إذ نص على أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون (م ١/٤٥) .

ويراعى أن المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدماً للأهلية، لا يفرق - كما يفعل فقهاء الشريعة الإسلامية - بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات - وبين جنون غير مطبق متقطع بالإفاقة فى بعض الأوقات .

(١) الدكتور نعمان جمعه :روس فى العلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ ص ٤٥٧ .

وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى إلى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الإثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " العته آفة نصيب العقل فتعييه وتقص من كماله ، والمرجع فى ذلك وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال - هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال إذ كان ذلك وكان ما يعلى محكمة الولاية على المال وهى بسبيل بحث طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه ، وفى نسبة العته إلى شخص بعينه تنحصر مهمتها فى تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكنه معه من أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات وفى إدارته لأمواله وفى فهمه للمسائل المالية الخاصة به ، وهى فى هذا الشأن لها مطلق الحرية فى تقدير

(١) حسن كبيره ص ٥٨٤ وما بعدها - الدكتور نبيل إبراهيم سعد نظرية الحق دار النهضة العربية ص ١٦٩ وما بعدها - حسام الدين الأموانى ص ١٦٢ - نعمان جمعه ص ٤٥٧ وما بعدها - وعكس ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المبنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٣١ وما بعدها - الدكتور سليمان مرقس ص ٥٧١ فيأخذان بالتفرقة الواردة بالمتن .

قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا".

(ظعن رقم ٢٣ لسنة ٤٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/٥)

٢- " المجنون فى فقه الشريعة الإسلامية من أصيب باختلال

فى العقل يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب ، وحكمه

أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلانا كليا فلا نصح له عبارة

أصلا ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام " .

(ظعن رقم ٥٧ ، ٦٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٣)

مادة (٤٦)

كل من بلغ سن التمييز ولم بلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

الشرح

٢٨- ناقصو الأهلية :

(أ) - من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد :

يعتبر ناقص الأهلية لأعديهما كل من بلغ سن التمييز (السابعة) ولم يبلغ سن الرشد .

(ب) - كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة :

كل من بلغ سن الرشد أى ٢١ سنة ميلادية كاملة ، وكان سفيها أو ذا غفلة ، فإنه يكون ناقص الأهلية .

وقد أدرجت المادة عبارة (وفقا لما يقرره القانون) أى يجب أن يصدر حكم من محكمة الأسرة بتوقيع الحجر عليه للسفه أو للغفلة^(١).

(١) وكان نص المادة بالمشروع النهائي بلجنة المراجعة الاكثى: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية " وقد وافق مجلس النواب ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . إلا أن حضرت مستشارى محكمة النقض والإبرام اقترحوا أن يكون نص المادة كالأتى : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وحجر عليه لسفه أو غفلة يكون ناقص الأهلية". إذ بغير هذا التعديل قد يفهم أن السفه والغفلة يقوم أثرهما

بغير حكم بالحجر . وقد رد حضرة مندوب الحكومة على هذا الاقتراح بأن المادة ١١٣ من المشروع الخاصة بالحجر على طوائف من عديمي الأهلية وناقصيها فيها ما يزيل الشبهة التي قامت عند حضرات المستشارين .

ومع ذلك فقد لتهج الرأي دفعا للبس إلى إضافة عبارة " وفقا لما يقرره القانون " ، إلى نهاية المادة إذ بهذه الإضافة لا يعتبر السفیه أو ذو الغفلة من ناقصي الأهلية إلا في الحالات وبالإجراءات التي يقررها القانون . وقررت اللجنة تعديل المادة بإضافة عبارة " وفقا لما يقرره القانون " إلى نهايتها وإضافة كلمة " وكان " بعد عبارة " وكل من بلغ سن الرشد " . وجاء بتقريرها أنه غنى عن البيان أن تعديل اللجنة يزيل الشبهة باستعمال صيغة فيها الدقة والسعة ما هو أكفل بتحقيق المقصود فمن الأحوال ما قد تكون فيه تصرفات السفیه أو ذو الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة ولو قبل قرار الحجر (م ١١٥ من المشروع) .
وجاء بملحق تقرير اللجنة :

" اقترح تعديل المادة ٤٦ الخاصة بمن يعتبر من ناقصي الأهلية فأشير بوجود التنويه بأن السفیه وذا الغفلة لا يتقرر نقص أهليتهما "لا بالحجر دفعا لشبهة قيام حالة نقص الأهلية " بغير حكم بالحجر " ومع أن المادة ١١٣ من المشروع وهى الخاصة بالحجر على طوائف من عديمي الأهلية وناقصيها فيها ما يزيل هذه الشبهة إلا أن اللجنة رأت دفعا للبس أن تختتم المادة ٤٦ بعبارة " وفقا لما يقرره القانون " وبهذه الإضافة لا يعتبر السفیه أو ذو الغفلة من ناقصي الأهلية إلا في الحالات وبالإجراءات التي يقررها القانون . وغنى عن البيان أن تعديل اللجنة يزيل الشبهة باستعمال صيغة فيها من الدقة والسعة ما هو أكفل بتحقيق المقصود فمن الأحوال ما قد تكون فيه تصرفات السفیه أو ذو الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة ولو قبل قرار الحجر (م ١١٥ من المشروع) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٥٩ ومابعدا) .

(أنظر فى أحكام تصرفات من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وأحكام السفه والغفلة فى شرح المادتين ١١٥ ، ١١٦) .

٢٩- المقصود بالسفه :

عرفت محكمة النقض السفه بأن :

١- " السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل. وتصرف الإنسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المال فى مفسدة بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلاً أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٦ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٥٧/٢/٢٠)

٢- " ليس فى خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما ينبئ عن استئثار أو تسلط لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريزة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة لأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة

فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٦ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠)

٣- " السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يبعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعة مستنداً فى ذلك إلى " أن تصرفاتها ينطبق عليها المبدول القانونى والشرعى للسفه ذلك بأنها فضلاً عن إسرافها فى إنفاق كل ما استوفته من مبالغ التعويض التى قدرها المساعد القضائى لها بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه ومن مبالغ الإيراد الناتج من أكثر من ثلاثين فدانا رغم ضالة مطالبها إذ لاحتاج إلا للمأكل والملبس والسكن وهى بمفردها لم تتجب ذرية وليس لديها من تجب عليها نفقته ثم تنمادى فى الإسراف وسوء التصرف فتتزل عن كل أطيافها الزراعية بطريق الهبة لأحد أولاد أختها مؤثرة إياه على بقية إخوته لو تم ذلك لتجردت من أملكها وأصبحت لاتجد من الإيراد السنوى ما يكفى لنفقتها وتوفير حاجتها الضرورية ولم تكتف بما استحوز عليه من إيراداتها بمقتضى التوكيل العام الصادر له منها مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وكل أولئك يدل دلالة لاريب فيها على أن الطاعة قد وصلت فى سوء التقدير والتصرف فى

المال إلى الحد الذى يبرر وصمها بالسفه ويسوغ بالتالى توقيع الحجر عليها " وهذه التقريرات من الحكم إنما تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها للتراحم والتضامن الاجتماعى ، مما يحض عليه التشريع الاسلامى ، وبالتالى فهى لا تتطوى على خفة من جانب الطاعنة وليس فيها ما ينبئ عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٣٣ قى " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٦/٢/٢)
٤- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يهدد العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً، وهو فكرة معيارية تتبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، ومن ضوابطه أنه خفة تعتزى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع . وأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغين فى معاملاته مع الغير " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ قى " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/٣/٢٧)
٥- " لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى بتوقيع الحجر على الطاعن قد اكتفى بسرد التصرفات الصادرة منه ، حسبما أوردها المطعون عليه فى طلب الحجر ، وساق عبارة مجملة

دون أن يناقش هذه التصرفات ويبين الوقائع التي تنبئ عن إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ، وعن الغبن الذى لحق الطاعن من هذه التصرفات . واستدل الحكم فى قضائه بتوقيع الحجر على ما جاء بأقوال الطاعن فى التحقيقات دون أن يورد هذه الأقوال ويكشف عن دلالتها على السفه والغفلة ، وكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأن القدر الذى باعه إلى ... مرهون وأن البيع لم يشمل ... وأنه أخذ على المشتري ورقة ضد بهذا المعنى ، قدم صورة منها ضمن مستداته ، غير أن الحكم التفت عن تحقيق هذا الدفاع الجوهرى ولم يتناوله بأى رد ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور " .
(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/٣/٢٧)

٣٠- المقصود بالغفلة :

عرفت محكمة النقض الغفلة بقولها :

١- " لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة فقال بعضهم إنه هو الشخص الذى لا يهتدى إلى التصرفات الراجحة لسلامة قلبه فيغبى فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه. على أنه من المتفق عليه - أنها من العوارض التى تعتر : الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير وقد يستدل

عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرباح فيها بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع والحكمة في توقيع الحجر بسببها هي المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين .

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣)

٢- " الغفلة- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير. وإن فمئى كانت التصرفات الذى أخذ الحكم المطعون فيه الطاعة بها إنما ترددت بينها وبين ولديها يحدو الطاعة فيها طابع الأمومة بما جبلت عليه من العطف والرعاية تبعاً لما تستشعره هي تلقاء هما من أحاسيس الرضا والغضب دون أن يكون في تباين هذه التصرفات معها أو مع أى منهما مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الإدراك ، وكان البيع الصادر من الطاعة لأحد ولديها قد بررته هي- على ما ورد في الحكم المطعون فيه بأن ابنها المتصرف إليه قد أدى عنها جميع الديون التى خلفها لها ابنها الآخر وقت وكالته ، فإن قيام هذا الاعتبار لدى الطاعة من

شأنه أن يدفع عن هذا التصرف شبهة الاستثناء أو التسلط عليها مما ينأى به عن مجال الغفلة سواء كان الثمن المقدر للمبيع أقل من قيمته الحقيقية أو كان البيع قد حصل تبرعا من الطاعنة لولدها المذكور طالما أنها لم تصدر في هذا التصرف إلا من مصلحة تراها هي جديرة بالاعتبار ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد استند في قضائه بتوقيع الحجر على الطاعنة للغفلة على أساس مخالف للقانون مما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٩/١/٢٩)

٣- " الغفلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير ، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرباح منها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعن للغفلة مستندا في ذلك إلى قيامه بالتوقيع بختمه على أوراق ببضاء لكاتب عمومي استغلها في بيع أملاك الطاعن ، وتوقيعه بختمه على إيصالين باستلام أجره عين يملكها دون أن يكون قد حل موعد استحقاقها ، وإذا كانت هذه التصرفات التي تضمنتها تقاريرات

الحكم، ليس فيها أى مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الإدراك وأن الطاعن ينخدع فى تصرفاته ومعاملاته بأيسر وسائل الاتخاذ على وجه يهدد ماله بالضياح ، وهى لاتعدو أن تكون صادرة عن مجرد إهمال أو سهو فى التعامل مما يقع فيه الرجل العادى ، لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٥)

٤- " الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب فى معاملاته مع الغير " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/٣/٢٧)

٣١- ما يشترك فيه السفه والغفلة :

يشترك السفه والغفلة فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فإنه تعتبر صورة من

صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير . وإن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الحجر أقام قضاءه على ما استخلصه بالأسباب السائغة التي أوردتها من أن التصرفات التي صدرت من المطلوب توقيع الحجر عليه إلى أولاده وأحفاده تدل على تقدير وإدراك تام لتصرفاته ولا تبنى عن سفه أو غفلة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٤/٧)
٢- " متى كان الحكم المطعون عليه إذ نفى عن المطلوب الحجر عليه السفه والغفلة استنادا إلى الأسباب التي أوردتها قد خلص إلى أن التصرفات الصادرة منه إلى أولاده وأحفاده لها ما يبررها سواء أكانت هذه التصرفات تبرعا أو بيعا بأقل من ثمن المثل، فإنه لا يكون في حاجة بعد ذلك إلى التعرض لحكم الغبن في البيع أو إثثار المتصرف أحد أولاده عن الآخر " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٤/٧)
٣- " السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير. فإذا

كان الحكم قد قضى بتأييد قرار رفض طلب الحجر لهنين المسبين
قد أقام قضاءه على ما استخلصه هو والحكم الابتدائي بالأسباب
السائغة التي أوردها من أن تصرفات المطلوب الحجر عليه إلى
ولده وأحفاده لها ما يبررها وتدل على تقدير وإدراك لما تصرف
فيه ولا تنبئ عن سفه أو غفلة فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق
القانون أو تأويله .

(ظعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق 'أحوال شخصية' جلسة ١٥/٥/١٩٥٨)

مادة (٤٧)

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون.

الشرح

٢٢- أحكام الولاية على المال :

تنص المادة على أن يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون .

والقانون الذى يحكم الولاية على المال الآن ، هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

وهذا المرسوم بقانون يشتمل على ثلاثة أبواب : الأول فى "القصر" والثانى فى " فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة " والثالث فى " أحكام عامة ".

ونحيل فى دراسة أحكام هذا القانون إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال . ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما يأتى:

١- أن الولاية على القاصر تكون للأب ثم للجد الصحيح (الجد لأب) إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة (م١).

وهذه الولاية تثبت بقوة القانون ولا تحتاج إلى قرار يصدر بها من محكمة الأسرة .

٢- أنه إذا لم يكن للقاصر ولى (أب أو جد صحيح) فإن المحكمة تعين له وصيا . إذا لم يكن الأب قد عين وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن، أو إذا لم يكن المتبرع قد عين وصيا مختارا إذا اشترط عدم دخول المال المتبرع به فى الولاية. ويشترط لاختيار الوصى المختار فى هاتين الحالتين أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرقية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

ويجوز للأب والمتبرع فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما. وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها (م٢٨) .

٣- إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره (م٢٩) .

٤- يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفى هذه الحالة لايجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر .

وعند الاختلاف بين الأوصياء برفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (م ٣٠) .

٥- تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته ، وذلك في الأحوال الآتية :

(أ)- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب)- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

(ج)- إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

(د)- إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هـ)- إذا استلزمت الظروف ذراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

(و)- إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية (م ٣١) .

٦- تقسيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) .

٧- يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م٢٣) .

وتسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم (٣٤٣) .

٨- تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو الدعة التى اقتضت بها تعيينه (م٣٥) .

٩- تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨) .

مادة (٤٨)

ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها .

الشرح

٣٢- لا يجوز النزول عن الأهلية ولا التعديل في أحكامها :

القواعد المنظمة لأهلية الوجوب وأهلية الأداء جميعها من النظام العام لأنها تؤثر تأثيرا بالغا في حياة الشخص القانونية والاجتماعية. وذلك سواء من حيث تحديد من يعتبر كامل الأهلية أو ناقصها أو عديمها أو من حيث تحديد حكم تصرفات ناقصي الأهلية وعديميها ، أو من حيث تحديد سلطة الأولياء على مال ناقصي الأهلية وعديميها^(١). ولذلك نصت المادة على أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها .

ومن ثم إذا تنازل شخص عن أهليته لاكتساب الحقوق أو لمباشرتها كلها أو بعضها كان هذا التنازل باطلا بطلانا مطلقا^(٢)، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها .

وإذا اتفق ناقص الأهلية في عقد أبرمه مع آخر على أنه كامل الأهلية ، أو اتفق كامل الأهلية في عقد أبرمه مع آخر على أنه ناقص الأهلية ، كان الاتفاق باطلا ، أما العقد ذاته فيظل صحيحا خاضعا لأحكام الأهلية التي أوردتها القانون .

(١) الدكتور عبد المنعم البدر أوى ص ١٤١ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٨.

(٢) عبد المنعم الصده ص ١١٥

وكذلك إذا باع قاصر عقارا وتعهد للمشتري بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه الرشد كان هذا التعهد باطلا^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حمى المشروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لاتجوز مخالفتها أو تعديلها... الخ"^(٢).

(١) المستشار مصطفى مجدى هرجه الأشخاص والأموال فى القانون المدنى ص ١٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٦٣ .

مادة (٤٩)

ليس لأحد النزول عن حرئته الشخصية .

الشرح

٢٤- عدم جواز النزول عن الحرية الشخصية :

الحرية الشخصية من الحقوق العامة التى تثبت لكل شخص بوصفه إنسانا حتى يستطيع أن يؤدى مهمته ، ولايستطيع المشرع بالتالى أن يحرم الإنسان منها ، وهذه الحقوق التى من أجلها أصدرت الأمم المتحدة الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى ١١ من شهر ديسمبر ١٩٤٨ .

ومثل هذه الحرية الشخصية حرية الانتقال وحرية العمل وحرية التعاقد وحرية العقيدة الدينية والسياسية والفكرية (١).

وهذه الحرية الشخصية من النظام العام ، فلا يجوز للشخص أن ينزل عنها ولا أن يقيد بها إلا بالقدر الذى لايتعارض مع النظام العام والأداب فلا يجوز للشخص مثلا أن يقيد حرئته فى العمل بأن يتعهد بألا يباشر حرفة معينة طوال حياته . أو يتعهد بألا يفتح محلا تجاريا فى بلد معين طول حياته . ويعتبر تطبيقا لنفس الفكرة ما نص عليه المشرع فى المادة ٢/٦٧٨ مدنى من أنه : " إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ،

(١) محمد حسام لطفى ص ٢٩ - حسام الدين الأهوانى ص ١٨٨ ومابعدها.

ويترتب على التنازل عن الحرية الشخصية بطلان هذا التنازل
بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" .. وكالأهلية ، الحرية الشخصية ، فلا يجوز لشخص أن ينزل
عن حريته ولا أن يقيد بها إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام
والآداب فليس له أن يلتزم التزاما أبديا ولا أن يقيد حريته في العمل
كأن يتعهد بألا يباشر حرفة معينة طوال حياته " (١).

وإذا كان لا يجوز النزول عن الحرية الشخصية أو تقييدها فإن
ذلك لا يجوز بالنسبة للحق . فالحرية مسألة يتساوى فيها الكافة
ولا ترد على شيء معين بذاته يخص شخصا بذاته ، خلافا للحق ،
فيرد على شيء معين بذاته يخص شخصا بذاته ، فمباشرة التجارة ،
مسألة لا ترد على شيء معين ولا تخص شخصا معين ، فتتصل
بالحرية الشخصية ، أما مباشرة نوع معين منها ، فإنه يرد على هذا
النوع ويخص شخصا بذاته ، ومن ثم يتصل بالحق مما يجوز معه
الاتفاق على النزول عنه ، ويكون الاتفاق صحيحا (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٦٣ .

(٢) المستشار لور طلبه الجزء الثاني ص ٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن ضمان السبائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتقاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتقاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء - لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . أما إذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحا " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" إن الدستور قد حرص - فى سبيل الحريات العامة - على كفالة الحرية الشخصية لاتصالها بكيان الفرد منذ وجوده فأكدت المادة ٤١ من الدستور على أن " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس " كما نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن " للمساكن حرمة " ثم قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٥ منه بأن " حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون " غير أن الدستور لم يكتف فى تقدير هذه الحماية الدستورية بإيراد ذلك فى عبارات عامة كما كانت تفعل الدساتير السابقة التى كانت تقرر كفالة الحرية

الشخصية وما تفرع عنها من حق الأمن وعدم القبض أو الاعتقال وحرمة المنازل وعدم جواز دخولها أو مراقبتها (المواد ٨ من دستور سنة ١٩٢٣ ، ٤١ من دستور سنة ١٩٥٦ ، ٢٣ من دستور سنة ١٩٦٤) تاركة للمشرع العادى السلطة الكاملة دون قيود فى تنظيم هذه الحريات ، ولكن أتى دستور سنة ١٩٧١ بقواعد أساسية تقرر ضمانات عديدة لحماية الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حريات وحرمانات ورفعها إلى مرتبة القواعد الدستورية - ضمنها المواد من ٤١ إلى ٤٥ منه - حيث لا يجوز للمشرع العادى أن يخالف تلك القواعد ما تضمنته من كفالة لصون تلك الحريات وإلا جاء عمله مخالفا للشرعية الدستورية " .

(القضية رقم ٥ لسنة ٤ الفضالية "دستورية" جلسة ١٩٨٤/٦/٢)

٣٥- أمثلة لعدم النزول عن الحرية الشخصية أو تقييدها من قضاء المحكمة الإدارية العليا :

(أ) الحرية البدنية :

١- " لاجدال فى أن التنظيم الذى تجريه الجهات الرئيسية بين موظفيها فى أسلوب حياتهم الوظيفية وتخضعهم لحكمه بأوامر تصدرها بجميع عناصر الأمر الإدارى وخصائصه لما يردهم إليه من أوضاع يلتزمون بها ويكون النكول عنها مخالفة تملك عليهم فيها الجزاء " .

٢- " إن الحرية الشخصية هي ملاك الحياة الإنسانية كلها لا تخلفها الشرائع . بل تنظمها ولا توجد لها القوانين بل توافق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها تحقيقاً للخير المشترك للجماعة ورعاية للصالح العام ، فهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان هادفاً إلى هذه الغاية مستوحياً تلك الأغراض " .

٣- " لائزاع فى أن تصرف الحكماء بإصداره أمراً بحلق شارب المدعى ينطوى على اعتداء صارخ على حرية المدعى الشخصية وليس له أدنى مسوغ أو مبرر- أما ما تتمحل له الحكومة من أن المدعى اتصل بالصحف وسمح لها بالنقاط صورته فى أوضاع مختلفة مما يتنافى مع الاحترام ويخل بالكرامة العسكرية فسبيله إن كان له وجه المسائلة والحساب لا اتخاذ هذه الإجراء العاتى الذى اتخذ ، كذلك ما تثيره من أن المدعى هو الذى نفذ الأمر طواعية واختياراً، من جهة تأباه ظروف الحال وتكره ، ومن جهة أخرى فهو حتى لو صح لاينفى عن الأمر بطلانه وما يوصم به من جور وعدوان " .

ق ٢١٧ أ - ٤ (١٩٥١/٣/٨) ١٦٤/٥/٦٩٩ .

(ب) تفتيش وقبض وحبس غير قانوني :

١- " إن المحكمة ترى فى تعيين المدعى بشخصيته واسمه واتجاه البوليس إلى مسكنه ليلا وإجراء تفتيشه والقبض على المدعى وحده دون أفراد عائلته واعتقاله مدة ثلاثة أيام - وقولها إن

ذلك قد تم على أساس أن المدعى شرير يقبض عليه فى المناسبات التى تراها إدارة الأمن العام وأنها قبضت عليه على هذا الاعتبار إلى أن انتهت المناسبة فأفرجت عنه - ترى فى كل ذلك ما يفيد صدور أمر إدارى بالقبض على المدعى عبرت فيه الإدارة عن قصدتها وغرضها ونفذته باعتبارها ذات وظيفة وأن القبض والاعتقال فى حد ذاته وإن كان من الأفعال المادية فإنه لم يكن إلا نتيجة لأمر إدارى هو الذى وجه للبوليس إلى هذا التصرف.

٢- "إن الأمر الذى صدر ضد المدعى وتنفيذ باقتحام منزله وتفتيشه والقبض عليه وحبسه ثلاثة أيام بغرفة الحجز بقسم عابدين بحجة أن المحافظة على الأمن العام فى بعض المناسبات السياسية وغيرها يبرر اعتقال بعض الأفراد الذين قد يستغلون إطلاق حريتهم فى ارتكاب حوادث تضر بالصالح العام ، قد وقع مخالفا للقانون لتعارضه مع الدستور فيما قضى به من أن حرية المصريين الشخصية مكفولة وبأنه لايجوز القبض على أى إنسان ولاحبسه إلا وفق أحكام القانون وأنه لايجوز أن يلزم مصرى بالإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة بالقانون وبأن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها إلا فى الأحوال المبينة بالقانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبأن المصريين لدى القانون سواء وأنهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة".

(ج) حرية الإقامة وعدم جواز الإبعاد :

" إن الفقرة السادسة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بنظام الأحكام العرفية تنص على جواز الأمر بإبعاد الأشخاص المولودين أو المتوطنين في غير الجهة التي يقيمون فيها إلى مقر ولايتهم أو توطنهم إذا لم يوجد ما يبرر مقامهم في تلك الجهة أو الأمر بأن يكون بيدهم تذاكر لإثبات شخصيتهم أو للإذن بالإقامة ويبين من استقراء هذا النص أن الأمر بإعادة الشخص إلى مقر ولادته أو توطنه مشروط بأن لا يوجد ما يبرر إقامته في الجهة المراد إبعاده منها بغض النظر عما إذا كان هناك شبهات تثار حوله من تزعمه لفريق من أبناء موطنه الأصلي أو ظنون تقوم حول مسلكه مستقبلا من الأخذ بالتأثر أو الانتقام ممن كانوا سببا في إيداعه إذ أن القانون العام يهيمن على هذه الحالات حتى إذا ما خرج عن نواحيه وارتكب جرما ما أو اقترف إثما جوزى تحت سلطانه وعوقب بمقتضى أحكامه على أن الأصل هو إباحة الإقامة لكل مصري في الجهة التي يجد فيها موثلا ولعيشه متسعا ونشاطه مكانا فإذا ما قيد الشارع هذه الإباحة لسبب من الأسباب كان عليه أن يلزم قيودها ولا يخرج عن حدودها المرسومة وإلا كان في ذلك تحيفا منه للحرية الشخصية التي كفلها الدستور ."

ق. أ ١٧٤٧١ - ٦ (١٩٥٣/٣/١٦) ٤٠٧/٧ - ٦٨٠.

(د) حرية التنقل :

١- " إن الحرية الشخصية حق مقرر لايجوز الحد منه أو انتقاصه إلا لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح ودون ما تعسف أو انحراف في استعمال السلطة وقد كفلتها دساتير العالم أجمع وقررت لها من الضمانات ما تسمو به من المآرب الشخصية وتناى بها عن الهوى وتكفل لأبناء البلاد جميعا تمتعهم بحقوقهم الفردية وهى لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية للصالح العام " .

٢- " إن حق التنقل وهو فرع من الحرية الشخصية للفرد لايجوز مصادرته ، دون علة ولا مناهضته دون مسوغ أو تقييده بلا مقتض والمدعى سبق أن صرح له بالسفر خارج القطر لأعماله التجارية مرثين ولا خطر من مغادرته البلاد على أمن الدولة وسلامتها وقد وافقت إدارة الأمن العام على التصريح له بتجديد جواز سفره طبقا للبيان الذى أدلى به النائب عن الحكومة ولهذا فما كان هناك مبرر لتقييد حريته الشخصية والامتناع عن تسليمه جوازه ومن ثم تكون للدعوى على أساس سليم من القانون متعينا الحكم بطلبات المدعى فيها " .

ق . أ ١٤٧٤ - ٥ (١٩٥٣ / ١ / ١٢) ٧ / ١٩٠ / ٣٠٢

٣- " إذا كان القرار الصادر بمنع المدعى من السفر كان مبناه شبهات قامت ضده فى أنه يعمل على تهريب الذهب إلى الخارج وفى أنه يتجر بالعملة فى السوق السوداء ولم تبلغ أدلة الثبوت حدا يستدعى ابلاغ الأمر إلى النيابة للتحقيق معه ، وهذه الشبهات مهما بلغ نصيبها من القوة فى اعتبار الإدارة ومهما كان لها ما يبررها فى مثل حالة المدعى بسبب كثرة أسفاره إلى الخارج بغير مقتضى مقبول فإن هذه الشبهات لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة حكم قضائى ، ولا يمكن أن تكون فى قوة تحقيق تجريه النيابة ولم يتم التصرف فيه حتى يصح منعه من السفر بسبب ذلك ، ومع ذلك فإنه إذا صدر حكم قضائى ضد المدعى وتم تنفيذه فإنه ما كان يجوز منعه بعد ذلك من السفر إذا ما طلب. ومتى كان الأمر كذلك فإن القرار الصادر بسحب جواز السفر من المدعى ومنعه من السفر إلى الخارج يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون ومن ثم يتعين إلغاؤه ."

ق . أ . ٦٥٧-٦ (١٩٥٣/٦/٩) ٧/٧٦٣/١٥١٥

(هـ) حرية السفر :

" إن ردا الاعتبار يترتب عليه محو الحكم القاضى بالإدانة بالنسبة للمستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية (م ٥٥٢ من قانون الإجراءات)، فمن باب أولى لا يصح الاستناد إلى حكم الإدانة هذا - فى تقييد حرية من الحريات ، وهى حرية الذهاب والإياب- برد الاعتبار ، وإلا

كان معنى ذلك طرح حجية حكم رد الاعتبار، وإهدار دلالته على استقامة المدعى وإصلاح حاله، فمتى كان الثابت أنه قضى برد الاعتبار للمدعى من الحكم بحبسه لمدة خمس سنوات لجلبه مواد مخدرة إلى القطر المصرى، فإن السبب الذى استندت إليه الإدارة فى منعه من السفر ، يتون قد انهار " .

ق . ١٠ . ٨٧ - ٩ - (١٩٥٦ ٧/٣) ١٠ / ٣٨٠ / ٣٩٢

(و) الحق فى الأمن والامان :

" من المقرر أن كل قرار إدارى يجب أن يقوم على سبب يبرر إصداره ويدفع الجهة الإدارية إلى التدخل والعمل. وهذا الشرط أكثر لزوما بالنسبة للقرارات التى تمس الحريات الشخصية، ويتمثل ركن السبب فيها فى أن يكون حقيقيا لا وهميا ولا صوريا ، وصحيحا مستخلصا استخلاصا سائغا من أصول ثابتة ومنتجة ، وقانونية بأن يتحقق فيه الشروط والصفات الواجب توافرها فيه قانونا، وجهة الإدارة وإن جاز لها فى الظروف الاستثنائية أن تتخذ من التدابير السريعة ما من شأنه المساس بتلك الحريات على وجه لايجوز لها مباشرته فى الظروف العادية إلا أن التصرف أو التدبير الذى تتخذه فى هذا الشأن يلزم أن يكون ضروريا لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام باعتبار هذا التصرف أو التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر .

فإذا كان ما استندت إليه جهة الإدارة من نعت المدعى بالخطورة على الأمن وسوء السيرة والسمعة لا يستند إلى أساس

ثابت لذلك فإن القرار المطعون فيه والقاضى بالقبض على المدعى وحجزه فى مكان أمين لا يستند على سبب صحيح ومن ثم يتعين الحكم بإلغائه " .

(ق.أ - ٥ (١٩٥٢/٦/١٨) ١٢١٠/٥٢٧/٦)

(ز) التدابير التى تتخذ فى حالة الطوارئ :

"نظام الأحكام العرفية (نظام الطوارئ) وإن كان نظاما استثنائيا إلا أنه ليس نظاما مطلقا فقد أرسى الدستور أساسه وأبان القانون حدوده وضوابطه ومن ثم يخضع لمبدأ سيادة القانون - رقابة القضاء هى وحدها دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته - لأن سماع القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التى تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة بحسبانه من الإجراءات العليا التى تتخذ فى سبيل للدفاع عن كيان الدولة أو استتباب الأمن أو النظام العام بها إلا أن التدابير التى يتخذها القائم على إجراء النظام العرفى تنفيذاً لذلك سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يتعين أن تتخذ فى حدود القانون ولا تتأى عن رقابة القضاء أساس ذلك : أن هذه التدابير لاتجاوز دائرة القرارات الإدارية التى تخضع للاختصاص القضائى لمجلس الدولة - تطبيق " .

طعن رقم ١٤٣٩ - ٣١ (١٩٨٩/٦/٢٥) ١٢٠٨/١٧٧/٣٤

مادة (٥٠)

لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

الشرح

٣٦- وقف الاعتداء غير المشروع على الحقوق الملازمة للشخصية :

الحقوق الملازمة للشخصية ، هى الحقوق التى لا تنفك عن الشخصية كحرية وسلامة جسمه وسمعته الأدبية وحرمة موطنه . وهذه الحقوق لا يجوز التعدى عليها ، وإذا حصل هذا التعدى كان للشخص أن يرفع دعواه بمنعه . فالاتفاقات التى تعقد للمساس بجسم الإنسان لاتصح إلا إذا كان الغرض منها الاحتفاظ بالجسم فى حالة جيدة أو تحسين هذه الحالة ، كالاتفاق على عملية جراحية لعلاج مرض أو للتجميل، أما إذا كانت لغير ذلك فإنها تكون باطلة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وحمى المشروع الشخص ضد الغير إذا تعدى على أى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته كالتعدى على حرية الشخص أو سلامة جسمه أو سمعته الأدبية أو حرمة موطنه . فإذا وقع تعد من

الغير على شئ من ذلك كان للشخص أن يطلب وقف هذا التعدى والتعويض عن الضرر " (١).

٣٧- التعويض عما يلحق الشخص من ضرر :

لا يقف حق من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، بل له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

وتكون أساس المطالبة بالتعويض المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ مدنى ، باعتبار أن هذا التعدى يمثل عنصر الخطأ فى هذه المسؤولية .

هذا فضلا عما قد ينص عليه القانون من عقوبة جزائية توقع على المعتدى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٦٣ .

مادة (٥١)

لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

الشرح

٢٨- المنازعة فى استعمال الاسم وانتحال الاسم :

اعتبر المشرع المصرى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية. ويترتب على ذلك أن الاسم يستوجب الحماية بمجرد وقوع أى اعتداء عليه دون حاجة إلى إثبات ضرر معين نتيجة هذا الاعتداء. فمجرد الاعتداء على أى حق من الحقوق وعلى وجه الخصوص الحقوق اللصيقة بالشخصية يجب أن يستثير الحماية القانونية ويكون ذلك بوقف ودرء أى نوع من أنواع الاعتداء دون حاجة لإثبات حدوث ضرر معين نتيجة ذلك الاعتداء^(١).

والاعتداء على الاسم قد يتخذ إحدى صورتين: المنازعة فى الاسم، وانتحال الاسم، ونعرض لهاتين الصورتين تفصيلا فيما يلى:

(أ) المنازعة فى الاسم :

المقصود بالمنازعة فى الاسم اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص فى التسمى بالاسم الذى يحمله وفى استعماله بالتالى .

(١) حسن كيرى ص ٥٥١ - حسام الدين الأهوانى ص ١٠٣ .

وقد تأخذ المنازعة مجرد إشاعة عدم الأحقية فى الاسم بين الناس . وسواء اتخذ المعتدى من القول أو الفعل وسيلة لتحقيق هذا الاعتداء ، فإنه يعد مسئولا عما بدر منه فى مواجهة صاحب الحق فى الاسم ، ويستوى فى ذلك أن يكون المعتدى سئى النية أو حسن النية ، فالعبرة بوقوع الاعتداء ^(١).

(ب) انتحال الاسم :

يقصد بانتحال الاسم تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله دون أن يكون له هذا الاسم فى الأصل .

ولذلك يخرج من صور الانتحال تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله إنما يكون مستعملا اسمه هو ويمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله ، بل كل ما يملكه - إذا أراد توقي الخلط - أن يضيف إلى اسمه ما يميزه عن سميّه . ولكن إذا كان هذا الأخير يستعمل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر للمادى أو المعنوى على الأول ، فيكون للمضرور المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ^(٢).

(١) محمد حسام الدين لطفى ص ١١١ .

(٢) حسن كيزه ص ٥٥٠ هامش (٢) - حسام الدين الأهوانى ص ١٠٢ .

إذ نكون فى هذه الصورة بصدد انتحال الشخصية وليس بصدد انتحال الاسم^(١).

وإطلاق اسم شخص على حيوان أو على شخصية هزلية لا يعتبر انتحالا للاسم لأننا لا نكون بصدد انتحال إسم إنسان لاسم إنسان غيره. على أنه يلاحظ أن ذلك قد يكون من شأنه الاعتداء على شرف الشخص وسمعته مما يخوله حقا فى التعويض طبقا للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية^(٢).

٣٩- طلب وقف الاعتداء على الاسم والتعويض عن الضرر :

لمن وقع اعتداء على اسمه ، أن يطلب وقف الاعتداء على اسمه. ولا يشترط لوقف الاعتداء إثبات حدوث ضرر نتيجة الاعتداء. فمجرد الاعتداء يخول الحق فى طلب وقف الاعتداء ودرئه طالما توافرت له مصلحة فى ذلك . وليس هذا إلا تطبيق للقاعدة العامة لا دعوى بدون مصلحة .

كما يكون لمن وقع اعتداء على اسمه الحق فى طلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

ويشترط للحصول على التعويض أولا : أن يثبت من وقع الاعتداء على اسمه وقوع خطأ أو إهمال من جانب المعتدى -

(١) حسام الدين الأهواى ص ١٠٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٢ .

(٢) محمد حسام لطفى ص ١١٢ .

ويعتبر الشخص مخطئا إذا كان قد قام باستعمال اسم الغير دون أن يتأكد إذا ما كان من شأن ذلك وقوع خنط مع اسم آخر للغير. ثانياً: يجب أن يثبت حدوث ضرر حقيقى ناتج من الخلط بين اسمه واسم المنتحل . وباختصار فإن الحق فى التعويض يخضع للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية .

وتلك الحماية القانونية تنطبق على الاسم الحقيقى من اسم ولقب وعلى اسم الشهرة وعلى الاسم المستعار أيضا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويعتبر تعديا يستوجب الوقف والتعويض أن يتعدى الغير على اسم الشخص فينازعه فى استعماله دون مبرر أو أن ينتحل هذا الاسم على نحو يلحق الضرر بصاحبه. وقد يتحول الاسم الشخصى إلى اسم تجارى له قيمة مالية وهذا أيضا يحميه القانون"^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٦٣ .

٢- الشخص الاعتبارى

مادة (٥٢)

الأشخاص الاعتبارية هى :

١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢- الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣- الأوقاف .

٤- الشركات التجارية والمدنية .

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد .

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون .

الشرح

٤٠- مذكرة المشروع التمهيدي :

نظرة عامة :

"لايتضمن التشريع المصرى أحكاما تتعلق بالأشخاص المعنوية، فيما خلا إشارة عابرة وردت فى نصوص الدستور، وتطبيقات جزئية

تضمن أهمها تقنين للتجارة والقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ بشأن جمعيات التعاون والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والتبرع لوجوه البر .

على أن هذا النقص لم يحل دون تكوين جمعيات متعددة في مصر أظلمت الحكومة بعضها برعايتها من طريق إقرار نظمها الأساسية بمراسيم ، وأعانت بعضها بالمال ، وأسدت إلى بعض آخر مساعدات شتى . وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الاعتراف بالشخصية المعنوية لكل جمعية منظمة لا تبتغى من نشاطها إلا الحصول على ربح . ولذلك روى أن من الأنسب وضع قواعد عامة فى المشروع تكون بمثابة دستور للجمعيات . ولا سيما أن التقنيات الحديثة تتضمن نصوصا عامة فى شأن الأشخاص الاعتبارية، وبوجه خاص ، فى شأن الجمعيات والمؤسسات . فالقانون المدنى الألمانى يفرد لها زهاء ٧٠ مادة (المادة ٢١ إلى ٨٩) والقانون السويسرى يقف عليها ما يقرب من أربعين مادة (المادة ٥٢ إلى ٨٩) والتقنين الإيطالى الجديد يخصصها بثلاثين مادة (المادة ١١ إلى ٤٠) . ويراعى أن الدول التى لم تشتمل تقنيناتها المدنية على أحكام مماثلة، لم تترك هذه الثغرة شاغرة، بل تداركتها من طريق إصدار تشريعات خاصة ، فمن هذا القبيل التشريع الفرنسى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٠١ فى شأن الجمعيات،

والتشريع البلجيكي الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩٢١ في شأن الجمعيات والمؤسسات .

وقد على المشروع بإيراد بعض أحكام عامة في الأشخاص المعنوية عقب عليها بتفصيل الأحكام الخاصة بالجمعيات التي لا تبغى تحصيل الربح والمؤسسات . والواقع أن البلاد تحس منذ عهد بعيد بضرورة وضع نظام تشريعي للجمعيات بعد أن ازداد عددها واتسع نطاق ما يملك بعضها من أموال، ولذلك أصبح من المنعـين إبراز سماتها العامة وتعيين حقوقها والتزاماتها في نظام يجب عليها أن تأتمر به إن أرادت أن تتمتع بكيان يقره القانون. وغنى عن البيان أن مثل هذا النظام سيقرن في المشروع بأحكام وفقية تتناول مركز الجمعيات القائمة وتتيح لها فرصة إدخال ما يلزم من التعديلات على نظمها الأساسية .

وقد اقتصر المشروع على إيراد قواعد عامة ترسم الجمعيات والمؤسسات الحدود التي ينطلق فيها نشاطها لتحقيق أغراضها . فعرض لتكوينها ووضع من الأحكام ما يكفل صيانة حقوق الأعضاء وحقوق الغير، من طريق ضبط المسائل الخاصة بمسئولية الجمعيات ، وإياحة الالتجاء إلى القضاء لحمل الجمعية على التزام الحدود المشروعة في نشاطها ، ووضع إجراءات لشهرها . على أن هذا لايعنى أن القواعد المتقدم نكرها تستنفذ نظام الجمعيات

بأسره، أو تعتبر دستوراً جامعاً مانعاً ، فللدولة توخيا لحماية السلام الاجتماعى من شوكة بعض الجمعيات أو رعاية لأغراض اقتصادية أن تنظم وجود الجمعيات بصورة أكثر تفصيلا، وأن تحد من الأهلية التى يخولها إياها هذا المشروع، وهذا كان بمقتضى تشريعات خاصة لها صبغتها الإدارية أو الاقتصادية أو الاجتماعية . والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية ليس بالمثال الوحيد الذى يمكن أن يساق فى هذا الصدد. ويتكون هذا الفرع من مقدمة جمعت فيها أحكام عامة للأشخاص المعنوية، ومن أقسام ثلاثة: أفرد أولها للجمعيات والثانى للمؤسسات والثالث للأحكام المشتركة بين الجمعيات والمؤسسات . وقد اقتصر المشروع فى المقدمة على نصين عرض فى أولهما لخصائص الشخص المعنوى وتناول فى الثانى بيان أنواعه دون وضع أحكام عامة مشتركة للأشخاص المعنوية جميعا. وقد روعى فى ذلك أن الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام والبطركانات والطوائف الدينية وإن اشتركت مع أشخاص القانون الخاص فى بعض النواحي إلا أن لها وظائف مختلفة ونظما مختلفة بل وسلطات وحقوقا مختلفة وأنها فى بعض الأحوال تخضع لأحكام خاصة . وروعى كذلك أن بعض أشخاص القانون الخاص فى مصر . كالوقف يخضع لأحكام مستقلة عن القانون المدنى .

وإزاء ذلك اجتزأ المشروع بوضع نظام لنوعين من الأشخاص المعنوية الجمعيات والمؤسسات - فواجه في القسم الأول من هذا الفرع الجمعيات وأفرد الثاني للمؤسسات ومن الأهمية بمكان أن يسد النقص الخاص بالجمعيات ولأن تنتظمها مع المؤسسات أحكام عامة .

وقد أشير من قبل إلى أن القضاء جرى على الاعتراف بالشخصية المعنوية للجمعيات واستقرت أحكامه على ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ ب ٢١ ص ٢١٥ فيما يتعلق بجمعية هومير، و ١٢ مايو سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ٣٤٨ فيما يتعلق باتحاد البوغازجية، ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٣٥٩ فيما يتعلق ببورصة البضائع في الاسكندرية، ٩ يولييه سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٥٤١ فيما يتعلق بالوفد ، ومصر الأهلية ٢٥ يولية سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠٣، واسكندرية الأهلية استئنافي ٩ سبتمبر سنة ١٩١٣ مج ر ١٩١٤ سنة ١٥ رقم ١٣ فيما يتعلق بجمعية تعاون موظفي بلدية الاسكندرية ، ومصر الأهلية استئنافي ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٥٠ فيما يتعلق بالنادي السعدى ، ومحكمة جنايات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ر ١٩٢٨ سنة ٢٩ رقم ٨٣ فيما يتعلق بجمعية الرفق بالحيوان) .

أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات فئمة مؤسسات في مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبيدية التي أنشئت في سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سبتزوروبولو الذي أنشئ في سنة ١٩٢٨ ثم أن من المصريين من أراد أن ينشئ مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقف ، فلم يجد أمامها إلا سبيل الهبة للحكومة للاتفاق على هذه المنشآت وثمة مؤسسة بناريو أو " قطرة الحليب" وهو ملجأ أيتام اسرائيلي اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منشئه كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة ، فالحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس في مناسبات متعددة ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رصدت على خدمتها".

٢- مسلك المشرع في بيان الأشخاص المعنوية :

أوضحت مسلك المشرع في بيان الأشخاص المعنوية التي يعترف لها القانون المصري بهذه الصفة مذكرة المشروع انتمهيدى، والتي جاء بها :

" عرض المشرع فى المادة ٨٥ (المقابلة للمادة ٥٢) لبيان الأشخاص المعنوية التى يعترف لها القانون المصرى بهذه الصبغة. وقد روى أن هذا للبيان ضرورى لإرشاد القضاء إلى ضابط يحول بينه وبين التوسع فى الانحراف بالشخصية الاعتبارية لجماعات لا تدخل فى طريق أو آخر من الفرق التى على النص بمسردها . وبوجه هذا المسلك ما التزمه المشروع من عموم فى التعبير يتسع لجميع صور الأشخاص المعنوية القائمة فى مصر فى الوقت الحاضر . وليس يمنع ذلك من تدخل المشرع فيما بعد الاعتراف بصور أخرى من صور الأشخاص المعنوية إذا اقتضت المصلحة اعترافا لهذا. ولذلك أدرجت الفقرة رقم ٦ من المادة ٨٥ فى عداد الأشخاص المعنوية كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية . وعلى هذا النحو لا يقتصر النص على بيان ما يوجد من الأشخاص المعنوية فى مصر فى الوقت الحاضر وإنما هو يتناول ما قد يفضى للتطور إلى وجوده فى المستقبل كتقانات أصحاب الحرف وما إليها . على أن الاعتراف بالشخصية القانونية للفرق التى لا يتناولها النص بذاتها لا بد فيه من نص خاص ... الخ" (١).

(١) الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٧٣ وما بعدها .

٤١- تعريف الشخص الاعتبارى (المعنوى) :

يمكن تعريف الشخص الاعتبارى (المعنوى) بأنه جماعة من الأشخاص والأموال تستهدف تحقيق غرض جماعى معين ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية^(١).

فالشخصية القانونية وهى تلك الصلاحية لتلقى الحقوق والتحمل بالواجبات لا تثبت فى التشريعات الحديثة للإنسان (الشخص الطبيعى) فقط ، وإنما هى تثبت أيضا لبعض جماعات من الأشخاص تجمعت بقصد تحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات وبعض المجموعات المرصودة لتحقيق غاية معينة كالأوقاف والمؤسسات. فالقانون يعتبر هذه الجماعات ذات شخصية قانونية أى يعتبرها صالحة لتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات . وهذه الشخصية التى تثبت لهذه الجماعات تجعلها متميزة ومستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها ، أو مستقلة عن الشخص الذى قدم الأموال ورصدها لغرض معين وعن المنتفعين بها كذلك .

ولما كانت هذه الجماعات التى تتمتع بالشخصية القانونية ليست كائنات طبيعية وإنما هى كائنات معنوية . ولما لم يكن من الممكن

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص ٣٠٩.

إدراكها بالحس ، إذ هي تدرك بالفكر ، فقد أُصطلح على تسميتها
"الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية"^(١).

٤٢- مقومات الشخصية الاعتبارية :

يقصد بمقومات الشخصية الأمور التي يجب توافرها حتى تثبت
هذه الشخصية لكائن من الكائنات الاجتماعية . ويمكننا أن نرجع
تلك المقومات إلى ثلاثة أساسية ، هي :

- ١- مجموع معين من الأشخاص أو من الأموال .
- ٢- غرض مشترك .
- ٣- اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية .

ولنتناول هذه الأمور الثلاثة بالتفصيل فيما يلي :

١- مجموع معين من الأشخاص أو الأموال :

يلزم ، لكي تقوم للشخصية الاعتبارية ، وجود مجموع معين
من الأشخاص أو الأموال . ويلزم في مجموعات الأشخاص أن
تكون متميزة ومجردة عن الأعضاء الذين يدخلون في تكوينها .
ونعني بذلك ألا تتكون هذه المجموعات قائمة على الاعتبار الذاتي
لأعضائها ، تفنى بمجرد فنائهم .

(١) الدكتور عبد المنعم البدر أوى الممثل للقانون الخاص الطبعة الأولى ص
١٨٨ - الدكتور حلم الدين الأهواني نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٢١٥ .

ومجموعات الأشخاص تقوم على اجتماع عدد معين من الأشخاص سواء أكانوا طبيعيين أم اعتباريين فلا يشترط أن يكون مؤسس الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين فقط بل يجوز أن يكون هناك أيضا أشخاص اعتبارية وأبرز جماعات الأشخاص هي الشركات والجمعيات .

ويقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التي تتألف من أموال مرصودة على تحقق غرض معين فالمال هو العنصر الأساسي فيها . فلا يلزم لقيامها اجتماع عدد من الأشخاص . وعلى هذا يمكن أن يقوم شخص واحد فقط بإنشاء مجموعات من الأموال تتمتع بالشخصية المعنوية وذلك إذا ما توافرت لديه الأموال اللازمة لتحقيق الغرض الذي من أجله ينشأ ذلك الشخص . ومثال ذلك في مصر الوقف والمؤسسة .

ويلزم في مجموعات الأشخاص ومجموعات الأموال على السواء، أن يسودها التنظيم الذي يكفل لها مباشرة نشاطها في الطريق السوي الذي يصل بها إلى تحقيق أغراضها . فإن تجرد مجموع معين من نظام يوضع له ، لا تثبت له الشخصية الاعتبارية ^(١) .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق ١٩٥٧ ص ١٥٦ - حسام الدين الأهواني ص ٢٢٤ وما بعدها .

٢- غرض مشترك :

يلزم لكى تقوم الشخصية الاعتبارية ، لمجموعات الأشخاص والأموال أن تستهدف تحقيق غرض معين مشترك يهم جميع الأعضاء المكونين للشخص . وهو يتصدر به المصلحة الجماعية . ويلزم بالطبع أن يكون هذا الغرض ممكنا ومشروعا ، وإلا كان تكوين المجموعات المذكورة باطلا .

ويتحتم أن يكون هذا الغرض مما يتطلب تحقيقه فترة ما من الوقت . فمن السمات الأساسية للشخصية الاعتبارية الاستمرار . ولكن هذا لايعنى ضرورة أن يعيش الشخص الاعتبارى إلى الأبد ، أو أن يكون عمره طويلا ، أما إذا كان الغرض عرضيا ويمكن تحقيقه دفعة واحدة فمثل هذا الغرض لايفى لتبرير إنشاء شخص معنوى مستقل . فاتفاق عدة أشخاص على الذهاب فى رحلة فى مقابل اشتراكات جمعت منهم لايعد منشأ لشخص اعتبارى (جمعية مثلا) .

هذا والشخص الاعتبارى قد ينشأ من اتفاق شخصين أو أكثر ، كما فى الشركات والجمعيات ، وقد ينشأ بإرادة شخص واحد كما فى المؤسسات والأوقاف^(١).

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ٢٠٢ ومابعدها - محمد حسام لطفى ص ٢١٦ .

٣- اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية :

وهذا العنصر شكلى . فلا يمكن نشوء الشخصية الاعتبارية إلا إذا اعترفت الدولة بذلك للشخص ، وهذا الاعتراف هو الذى يمنح الشخص الاعتبارى الحياة القانونية .

واشترط اعتراف الدولة بالشخص لنشوءه يبين ميل المشرع المصرى تجاه نظرية الافتراض والمجاز التى تشترط اعتراف الدولة لمنح الحياة للشخص الاعتبارى استنادا إلى أن القاعدة العامة أن الشخص الطبيعى هو الذى يعتبر شخصا قانونيا والاستثناء على ذلك وهو الشخص المعنوى لا يكون إلا بنص قانونى .

واعتراف الدولة بالشخص الاعتبارى له صورتان :

الصورة الأولى : الاعتراف العام ، ويتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، إذا توافرت فى أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، دون حاجة إلى ترخيص أو إذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم "طريقة التنظيم القانونى" .

والصورة الثابتة : هي صورة الاعتراف الخاص، فتستلزم صدور ترخيص أو إذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف - على خلاف الاعتراف العام - اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم " نظام الإذن أو الترخيص " ^(١).

٤٣- المادة تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة :

تضمنت المادة الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة على حد سواء . ولم يتضح منها أى مؤشر عن المعيار الذى تبناه المشرع للترقية بين الشخص الاعتبارى العام والشخص الاعتبارى الخاص، رغم أهمية هذه التفرقة ، وتتجلى هذه الأهمية فى القواعد القانونية المطبقة على كل منهما ، فالشخص الاعتبارى العام يخضع للقانون العام ، والشخص الاعتبارى الخاص يخضع لقانون الخاص .

ويترتب على ذلك أن الشخص الاعتبارى العام يتمتع بسلطات وامتيازات لا يتمتع بها الشخص الاعتبارى الخاص . وهذه التفرقة

(١) الدكتور حسن كيرة المنخل إلى القانون للطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص

٦٣٦ وما بعدها- الدكتور عبد الودود يحيى نظرية الحق ١٩٦٨-

١٩٦٩ ص ٩٠ وما بعدها .

أصبحت دقيقة إلى حد بعيد بعد تداخل نشاط الدولة ونشاط الأفراد في العصر الحديث .

وبالنسبة للمعايير المقترحة من جانب الفقه فإنها ليست حاسمة ولا قاطعة ، لكن القدر المتيقن منها أن الدولة والأشخاص الاعتبارية الإقليمية تعتبر أشخاص اعتبارية عامة . وكذلك الأشخاص الاعتبارية التي تقوم على المرافق العامة في الدولة كالجامعات وهيئة البريد، والسكك الحديدية والنقل العام وغير ذلك تعتبر أشخاصا اعتبارية عامة وبما أن المنطقة التي تدق فيها التفرقة هي عند ممارسة نشاط اقتصادي معين من جانب الدولة . ففي هذه الحالة يمكن الركون إلى عدة معايير للكشف عن صفة الشخص العامة أو تخلفها ، كتمتعه بامتيازات السلطة العامة أو عدم تمتعه بذلك، وأصله ومنشأه، ومدى تمتع الإدارة بالسيطرة عليه. وغير ذلك من معايير^(١).

(١) الدكتور نبيل سعد نظرية الحق - دار النهضة العربية ص ١٨٩ وما بعدها.

أنواع الأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها بالمادة

٤٤- الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون :

وهذه جميعا أشخاص اعتبارية عامة ، وتخضع لأحكام القانون العام .

وفى طليعة هذه الأشخاص العامة الدولة، التى ينسب سلطانها ونشاطها على كافة إقليمها ، والدولة تكتسب هذه الصفة إن اعتبرت وحدة سياسية وحصلت على اعتراف الدول الأخرى .

والشخصية هنا تثبت للدولة ، ولاتثبت للحكومة . فالحكومة ليست إلا الهيئة التى تتولى أمور الدولة وتباشر التصرفات التى تقتضيها مصلحتها .

ومن هذا يبين أنه ليس دقيقا أن نقول بأن الحكومة تملك هذا المال أو ذلك . فالذى يملك هو الدولة ، وتقتصر مهمة الحكومة على أن تتوب عنها فى إدارة دفة أمورها ^(١).

ويلى الدولة الأشخاص المحلية التى يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها فى بقعة معينة من إقليم الدولة، كالمحافظات والمدن والقرى وثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٥٩ .

الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة في القانون^(١).

وبمقتضى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون نظام الإدارة المحلية - السارى الآن- أصبحت أشخاصا اعتبارية : وحدات الإدارة المحلية وهى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء إذ تنص المادة الأولى من القانون (مستبدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١) على أن : "وحدات الإدارة المحلية هى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى ، ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية ويتم إنشاء هذه الوحدات وتحديد نطاقها وتغيير أسمائها وإلغائها على النحو التالى ... الخ ."

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المادة ١/٥٢ من القانون المدنى قد جرى نصها على أن : "الأشخاص الاعتبارية هى للدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية " وهذه الشخصية الاعتبارية تخول من اكتسبها كافة مميزات الشخصية القانونية فىكون له نائب يعبر عن إرادته كما يكون له حق التقاضى ، أى يكون له

(١) حسن كيره ص ٦٧١ - الدكتور نعمان جمعه دروس فى المنخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٧ ص ٥١٩ ومابعدا .

أهلية فى النطاق الذى يحدده سند الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية " المادة ٥٣ من القانون المحنى " ، ولما كان الوزير هو الذى يمثل الدولة فى الشئون المتعلقة بوزارته وذلك بالتطبيق للأصول العامة باعتباره المتولى الإشراف على شئون وزارته والمسئول عنها والذى يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها فإن وزارة الخزانة التى يمثلها وزيرها تكون هى صاحبة الصفة بشأن التصدى للعقار محل النزاع باعتباره نائباً سواء عن بيت المال أو إدارة الأموال التى آلت إلى الدولة طبقاً للقانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ طالما لا يوجد نصوص فى القانون المنشئ لأيهما ما يمنح أياً منهما الشخصية الاعتبارية بالإضافة إلى أنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ فإن الأموال والممتلكات التى وضعت تحت الحراسة بموجب قانون الطوارئ تؤول إلى الدولة من وقت رفع الحراسة بحكم القانون مقابل تعويض عنها ويترتب على ذلك أن تصبح الدولة صاحبة الصفة فى المطالبة بهذه الأموال والممتلكات دون أن يقيد من ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من ذلك القانون من رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت الحراسة على أموالهم والدولة هنا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تعتبر خلفاء عاماء أو خاصاء لأصحاب هذه الأموال ولما كان المنع من إعادة النزاع

فى المسألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة فى الدعويين ، ويجب لتوفر هذه الوحدة أن تكون المسألة المقضى فيها نهائيا مسألة أساسية يكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول، وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها، لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده قد اختصم وزير الخزانة بصفته ممثلا لبيت المال فى الدعوى ٣١٢٦ لسنة ١٩٦٥ مدنى كلى اسكندرية وقضى له فيها نهائيا بثبوت ملكيته للعين موضوع النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وإذ كان التقادم المكسب هو أساس ادعاء المطعون ضده ملكية ذات العين فى الدعويين الحاليين قبل وزير الخزانة بصفته ممثلا لإدارة الأموال التى آلت إلى الدولة فإن هذه المسألة الأساسية تكون قد استقرت حقيقتها بين ذات الخصوم- الدولة والمطعون ضده - بالحكم الأول استقرارا يمنع من إعادة المنازعة فيما بينهما ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فاعتد بحجية الحكم السابق فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١/٧)

٢- " النص فى المادتين ٥٢، ٥٣ من القانون المدنى يدل على أنه متى اكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الاعتبارية

فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية للقانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها ، وأهلية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات فضلا عن أهليتها للتقاضى وذلك وفقا للقواعد وفى الحدود المقررة لسند إنشائها ويتعين بالتالى أن تكون مخاطبة الشخص الاعتبارى فى مواجهة النائب القانونى عنه الذى يحدده سند إنشائه بحيث لايجاز بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره ، وإذ كان قانون نظام الحكم المحلى رقم ٥٢ سنة ١٩٧٥ - الواجب التطبيق على واقعة الدعوى - قد نص فى المادة الأولى منه على أن " وحدات الحكم المحلى هى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية " ونص فى المواد ٣٦ ، ٤٣ ، ٥١ ، ٦٩ منه على الموارد المالية الخاصة بكل وحدة محلية عدا الأحياء واختص الوحدة المحلية بالمدينة بحصيلة الحكومة من إيجار المباني الداخلة فى أملاكها الخاص، كما نص فى المادة الثانية منه على أن " تتولى وحدات الحكم المحلى إنشاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة فى دائرتها فيما عدا المرافق القومية أو ذات الطبيعة الخاصة التى يصدر باستثنائها قرار من رئيس الجمهورية وتحدد اللائحة التنفيذية المرافق المحلية التى تتولى المحافظات إنشاء وإدارتها والمرافق التى تتولى إشرافها وإدارتها الوحدات الأخرى للحكم المحلى "

ونصت المادة الرابعة من القانون المذكور على أن " يمثل المحافظة محافظها ، كما يمثل كل وحدة من وحدات الحكم المحلي الأخرى رئيسها وذلك أمام القضاء وفي مواجهة الغير " .

ونصت المادة ١١ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن " تبأشر الوحدات المحلية كل في دائرة اختصاصها ، وطبقاً لإمكانيات كل منها وفي نطاق السياسة العامة للدولة شئون الإسكان والشئون العمرانية والمرافق البلدية الآتية ... المحافظة على أملاك الدولة وإدارتها وتنظم استقلالها ومنع التعديات والتفاسيم المخالفة" فإن مفاد هذه النصوص مجتمعة أن المشرع قد جعل لكل وحدة من وحدات الحكم المحلي شخصية اعتبارية مستقلة عن باقي الوحدات ولكل منها ذمة مالية خاصة بها ، وحدد الممثل القانوني لها الذي له حق التعامل مع الغير وتمثيل الوحدة المحلية أمام القضاء مما مقتضاه أن رئيس المدينة يكون هو وحده صاحب الصفة في تمثيل وحدته المحلية وهي المدينة قبل الغير فيما يدخل في نطاق اختصاصه طبقاً لأحكام القانون " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧ - غير منشور)

٣- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشئون المتعلقة بوزارته وذلك بالتطبيق للأصول العامة باعتباره متولى الإشراف على شئون وزارته والذي يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة وذلك ما لم يسلبه القانون هذه الصفة وببعد

بها إلى غيره ، وكانت للمواد الثانية والرابعة والسابعة والعشرين من قانون نظام الحكم المحلي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ - الذى وقع الحادث فى ظل العمل بأحكامه - وإن نصت على أن المحافظات وغيرها من وحدات الحكم المحلي تتولى جميع الاختصاصات التى تتولاها الوزارات فيما عدا المرافق القومية أو ذات الطبيعة الخاصة ، ويمثل المحافظ محافظته كما يمثل كل وحدة من هذه الوحدات رئيسها وذلك أمام القضاء إلا أن هذه النصوص لم تسلب الوزير صفته فى الإشراف على تلك الوحدات والعاملين بها ، ومن ثم فإن هؤلاء العاملين يكونون تابعين للمحافظ والوزير معا .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٣/١/٢٨)

ذات المبدأ :

(طعن رقم ٢١٩٤ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٤ قى جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨)

(طعن رقم ١٤٠٢ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٦/٥/١٤)

(طعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥١ قى جلسة ١٩٨٥/٦/٢٣)

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٥/٤/١١)

(طعن رقم ٢١١٠ لسنة ٥١ قى جلسة ١٩٨٥/٣/١٧)

(طعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٥/١/١٠)

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥٣ قى جلسة ١٩٨٤/٤/١٥)

ثانيا : المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة :

أشارت المادة إلى هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية العامة ولكن دون تفصيل أو تمثيل بنصها على أن : " الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها للقانون شخصية اعتبارية " - وإذا كان ظاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية - على خلاف النوع الأول - يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص إلا أننا سنرى أن القانون نص على ثبوت الشخصية الاعتبارية له .

ومن ثم يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية للهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد إنشائها الذي يتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة إلى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة أو مؤسسة عامة على حدة .

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض تميزا لها عن الأشخاص الإقليمية ، تتخصص - وسواء كانت قومية أو محلية - بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرافق أو مرافق محددة ، تتمتع في توليها وإدارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الإقليمية الأخرى التي تتبعها .

وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات أو المؤسسات العامة الإدارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والإذاعة اللاسلكية .

وبعد تدخل الدولة المتزايد إلى الميدان الاقتصادى أمام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تقتضيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد فى الجماعة ، ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وإنما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والإدارى والمالى ، تتخفف به من الأساليب الإدارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب إدارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها .

وقد جرى المشرع المصرى أخيرا على التمييز بين ما يسميه "الهيئات العامة" وما يسميه "المؤسسات العامة" ولكن لم يستقر حتى الآن معيار للتمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية ، وإن كان الظاهر أن المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة إلى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة إلى المنشآت العامة الاقتصادية .

وعلى أى حال ، فالمشرع نفسه يتكفل بإقامة هذا التمييز ، إذ نصص المادة ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣

على أن : " يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة في تطبيق أحكام هذا القانون " .

وتنص المادة الأولى من القانون على أن : " يجوز بقرار من رئيس الجمهورية إنشاء هيئة عامة ، لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية .

كما نظم أخيراً- القرار بقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المؤسسات العامة . وتنص المادة الثانية منه على أن : " المؤسسة العامة وجدة اقتصادية قابضة تقوم في مجال نشاطها بالمشاركة في تنمية الاقتصاد القومي الاشتراكي ، ومعاونة الوزير في تحقيق أهداف خطة التنمية . وتنص المادة الثالثة على أن : " تختص المؤسسة العامة بالنسبة للوحدات الاقتصادية التابعة لها بتخطيط ومتابعة الأهداف المقررة لهذه الوحدات ، والتنسيق بينها وتقييم أدائها ، وذلك دون تدخل في شئونها التنفيذية .

كذلك تختص المؤسسة العامة بمعاونة الوحدات الاقتصادية التي تتبعها في تذليل الصعوبات والمشاكل ذات الصلة العامة التي تقترحها في سبيل تحقيق أهدافها " .

وتنص المادة السادسة على أن : تنشأ المؤسسات العامة بقرار من رئيس الجمهورية ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، ويحدد القرار الصادر بإنشائها الخ " .

وتنص المادة السابعة على أن: "تمارس المؤسسة العامة نشاطها بواسطة ما يتبعها من وحدات اقتصادية ومع ذلك يجوز أن يعهد إليها القرار الصادر بإنشائها بمباشرة نشاط معين .

وفى هذه الحالة تعتبر فى تطبيق أحكام هذا القانون فى حكم الوحدة الاقتصادية التابعة وذلك بالنسبة للنشاط الذى تمارسه بالذات". ثم صدر القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام المعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٧٦ ونص فى مادته الثانية على أن :

" تلغى المؤسسات العامة التى لاتمارس نشاطا بذاتها وذلك تدريجيا خلال مدة لاتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، ويصدر الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية القرارات اللازمة لتصفية أعمالها وتحديد الجهات التى تؤول إليها مالها من حقوق ، وما عليها من التزامات الخ " .

ثم صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته .

وقد نصت المادة الخامسة من قانون إصداره على أن : " يلغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ مالم فى الذكر . إلا أن المادة الثالثة من قانون إصداره نصت على أنه : "لا يترتب على تطبيق أحكام هذا القانون الإخلال بما تضمنته

القوانين أو قرارات رئيس الجمهورية من أنظمة خاصة لبعض هيئات أو مؤسسات أو شركات القطاع العام وتسرى أحكامه على هذه الجهات فيما لم يرد به نص خاص فى تلك القوانين أو القرارات .

ونصت المادة الأولى من القانون على أن : " تقوم هيئات القطاع العام فى مجال نشاطها ومن خلال الشركات التى تشرف عليها بالمشاركة فى تنمية الاقتصاد القومى والعمل على تحقيق أهداف خطة التنمية طبقا للسياسة العامة للدولة وخططها ... الخ". ونصت المادة الثانية على أن : " تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام ... الخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصت المادة ١/٥٢ من القانون المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية فىكون لها حق التقاضى ويكون لكل منها نائب يعبر عن إرادته (م ٥٣ من القانون المدنى). فإذا كان القانون لم يمنح مصلحة التنظيم - وهى تابعة لمجلس بلدى القاهرة الذى يمثلها محافظها فى التقاضى- الشخصية المعنوية ولم يخل مديرتها حق تمثيلها أمام القضاء فإن رفع الدعوى عليها فى

شخص مديرها يجعلها غير مقبولة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- " إن إذاعة الجمهورية العربية المتحدة كانت طبقاً للقرار الجمهورى رقم ٧١٧ لسنة ١٩٥٩ مؤسسة عامة وكان يمثلها فى التقاضى مديرها العام ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٨ لسنة ١٩٦٦ بتنظيم هيئة الإذاعة فجعل منها هيئة عامة ، ونص فى المادة الخامسة منه على أن يمثل رئيس مجلس الإدارة الهيئة أمام القضاء وقد عمل بهذا القرار منذ صدوره فى ٣ يناير سنة ١٩٦٦ ، ومن ثم فقد زالت عن المدير العام صفته فى تمثيل هيئة الإذاعة ، وأصبح رئيس مجلس إدارتها هو وحده صاحب الصفة فى تمثيلها فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها وإذ كان الثابت أن الطعن قد قرر به المدير العام للهيئة بصفته ممثلاً لها ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٣- " صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٤٣٣ لسنة ١٩٧١ بإنشاء الهيئة العامة للمساحة ونص فى مادته الأولى على أن تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزير الرى ومن بين ما حددته المادة الثانية منه القيام بالأعمال الخاصة بنزع ملكية العقارات للمنفعة

العامة ، كما نصت المادة العاشرة منه على أن رئيس مجلس إدارة الهيئة يمثلها فى علاقاتها بالغير وأمام القضاء والمرجع فى بيان وتحديد صفة النيابة عن الهيئة العامة ذات الشخصية الاعتبارية ومداها هو القانون الصادر بإنشائها ، فإن ممثل الهيئة العامة للمساحة أمام القضاء قد تحدد بموجب قانون إنشائها برئيس مجلس إدارتها استثناء من الأصل العام الذى يقضى بتمثيل الوزير للدولة فى الشئون المتعلقة بوزارته أو المحافظ فى مجال تفويضه بالقيام بما كان مخولا للوزير ، وبالطبع ليس للأول من سلطات تفوق سلطة الأخير والتي نيطت به بموجب قانون نظام الحكم المحلى .

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٥/٤/١٩٨٤)

٤- " النص فى المادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المدنى والمواد ١ ، ٢ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ من قانون الهيئات العامة الصادر بالقرار بقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ يدل - وعلى ما أوضحته مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى - على أن المشرع حرص على بيان الأشخاص المعنوية التى يعترف لها القانون بهذه الصفة بوضع ضوابط عام يحول دون التوسع فى الاعتراف بالشخصية لجماعات لا تدخل فى فريق أو آخر من الفرق التى يتناولها النص بذاتها لابد فيه من نص خاص ، كما أن الخصائص الذاتية للشخص المعنوى التى وردت فى المادة ٥٣ هى خصائص يستعان بها للتفريق بين

مجموعات الأشخاص أو الأموال التي توجد في حكم الواقع ونظيرها من المجموعات التي يعترف القانون بكيانها ويثبت لها صلاحية الوجوب في الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها ، فيكون شأنها في هذه الحدود شأن الأشخاص الطبيعيين ، ومن أجل ذلك فقد عني المشرع في قانون الهيئات العامة بتحديد سمات الهيئة العامة التي تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية حتى تكتسب الشخصية الاعتبارية ، فأوجب أن يتضمن سند إنشائها بياناً بالأموال التي تدخل في نتمها المالية أي تحديد موارد تمويلها ، وأن تكون إدارتها بمعرفة مجلس إدارة يتم تشكيله بالكيفية التي بينها القرار الجمهوري ، ولا يمثلها سوى رئيس مجلس الإدارة في صلاتها بالغير وأمام القضاء ، ويكون وضع ميزانيتها الخاصة بالطريقة التي يحددها القرار - ولذلك فإنه يلزم حتى تكتسب الهيئة التي يصدر بإنشائها قانون أو قرار جمهوري، صفة الشخص الاعتباري ، أن تكون هيئة عامة لها ذات الخصائص التي أوردها قانون الهيئات العامة المشار إليه ويحكمها القواعد العامة الواردة في القانون المدني بما لا يتعارض مع قانونها الخاص".

(طعن رقم ٧٣٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٥)

٥- " إن قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣١ لسنة ١٩٨١ بشأن قواعد التصرف في الأراضي والعقارات التي تخليها القوات المسلحة وتخصيص عائدها لإنشاء مدن ومناطق عسكرية بديله

المعدل بالقرارين رقمى ٢٢٣ ، ٢٢٤ لسنة ١٩٨٢ قد نص فى مادته الأولى على أن " ينشأ بوزارة الدفاع جهاز باسم جهاز مشروعات أراضي القوات المسلحة ، تكون له الشخصية الاعتبارية ، يختص ببيع الأراضي والعقارات المملوكة للدولة التى تخليها القوات المسلحة والتى يصدر بتحديد وبيان مواقعها وتاريخ إخلائها قرار من وزير الدفاع، كما يتولى تجهيز وإعداد مدن ومناطق عسكرية بديلة للمناطق التى تم إخلالها، وبصدر بتنظيمه وتحديد اختصاصاته الأخرى قرار من رئيس الجمهورية ، ونص فى مادته الثانية على أن يكون التصرف فى تلك الأراضي والعقارات " بطريق المزاد العلنى وفى الحدود والقواعد والشروط التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع بالاتفاق مع وزارة المالية ، ويجوز بقرار من رئيس مجلس إدارة الجهاز ، ووفقا للقواعد التى يضعها أن يكون للوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة التى تباشر نشاطا اقتصاديا ، أولوية شراء الأراضي والعقارات المعروضة للبيع بالسعر الذى يحدده متى كان القصد من ذلك تحقيق مصلحة قومية ، وفى مادته الرابعة على أن " تبلغ قرارات مجلس الإدارة إلى وزير الدفاع لاعتمادها - مما مفاده أن الجهاز المشار إليه جهاز له شخصية

اعتبارية مستقلة أنشأته الدولة لتباشر عن طريقه بعض فروع نشاطها العام ، واتبعت فى إدارته أساليب القانون العام ، وتمنعت فى ممارستها لسلطانها من خلاله بقسط من حقوق السلطة العامة بالقدر اللازم لتحقيق أغراضه ، فإنه يعتبر شخصا من أشخاص القانون العام ولا يندرج ضمن الأشخاص الاعتبارية الخاصة" .
(طعان رقما ٩٠٦ ، ٩٠٩ لسنة ٦٣ قى جلسة ٢٢/٥/٢٠٠١ - لم ينشر بعد)

٤٥- ثانيا : المرافق النقابية والمهنية :

المرافق النقابية والمهنية هى التى تقوم على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضمما إجباريا فى جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة . وتختص بقبول المشتغلين بها وتقرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، ويتمتع فى سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين وهذه النقابات صورة جديدة من المؤسسات العامة هى " المؤسسات المدنية " وتعتبر قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإدارى ^(١).

(١) حسن كيره ص ٦٧٤ - إبراهيم شيجا وحسين عصمان أصول القانون الإدارى ١٩٨٦ ص ٣٣٢ ومابعدها .

٤٦- ثالثاً : الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية :

تورد المادة ضمن الأشخاص الاعتبارية " الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية " .

وهذه الهيئات والطوائف لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا إذا منحها القانون الشخصية الاعتبارية بنص خاص ، وليس عن طريق الاعتراف العام ، وإن كان لا يلزم أن يكون الاعتراف صريحاً .
وتعتبر قرارات هذه الهيئات والطوائف الدينية بالتألي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري ، وذلك بالنظر إلى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة وإلى قيامها بخدمات ذات نفع عام وإلى خضوعها خضوعاً جوهرياً لهيمنة الدولة وإشرافها^(١).

وكانت المادة ٨٥ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المقابلة للمادة ٥٢ مدني - تذكر ضمن الأشخاص الاعتبارية "البطاريكات والطوائف الدينية التي تعترف بها الدولة ، والرهينات والأديرة التي تمتع باستقلال ذاتي ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئة الدينية التي تتبعها " . وقد تحفظ واضعو المشروع التمهيدي في مذكرة المشروع فيما يتعلق بالرهينات والأديرة وقالوا إنهم لم يقصدوا بذكرها إلى القطع بالرأى في تمتعها بالشخصية المعنوية

(١) حسن كيره ص ٦٧٥ - عبد الوود يحيى ص ٩٧ .

ولكنهم قصدوا إلى مجرد إثارة المسألة لتكون محلا للنظر . فقد جاء بمذكرة للمشروع التمهيدى ما يأتى :

" وتتاول الفقرة الثانية الهيئات الدينية فتتص على البطريركخانات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة ، وتتص كذلك على (الرهبنات) أو الجماعات الدينية والأديرة ولايثير أمرا البطريركخانات والطوائف الدينية إشكالا مادامت الشخصية المعنوية مقصورة على ما تعترف به الدولة منها وفقا للقواعد المتبعة فى هذا الصدد .

ولكن مركز الرهبنات والأديرة تختلف عن ذلك كل الاختلاف فالرهبنات نظام نشأ فى كنف الكنيسة الكاثوليكية ولكنه لايكاد يعرف عند الطوائف المصرية ، كل ما هنالك أن بعض الرهبنات الأجنبية أنشأت معاهد فى مصر. وقد اعترف القضاء المختلط لهذه الرهبنات فى الحالات النادرة التى طرحت عليه بالشخصية المعنوية (مصر المختلطة ١١ مايو سنة ١٩٠٩ رقم ٢٠٩٥ سجل سنة ٣٥ قضائية غير منشور). ولم يسع المشرع إلا أن يشير إلى الرهبنات لاستكمال البيان الخاص بالأشخاص المعنوية على أن تكون هذه الإشارة محلا للاستفتاء ولاسيما أن بعض الدول الأجنبية لايعترف للرهنات بالشخصية المعنوية وترى أن قيامها يتعارض مع النظام العام .

أما الأديرة فللأسف كثير منها ، للأرثوذكس (الروم) دير فى سينا ، ويتمتع الأديرة القبطية بحظ من الاستقلال . ولها ذمة مالية مستقلة وإن كانت من الناحية النظامية تعتبر خاضعة للبطريركخانات،

على أن البطريركخانات تتكرر عليها استقلالها القانوني ، والرأى ينقسم في هذا الصدد بين أبناء الطوائف .

وقد فصلت المحاكم الأهلية في دعاوى رفعت على رؤساء الأديرة أو رفعت منهم ولكنها لم تعرض لمسألة الاعتراف لهذه الأديرة بالشخصية المعنوية في أكثر الأحوال . على أن محكمة استئناف أسبوط عرضت في أحد أحكامها لهذه المسألة بذاتها وأنكرت على الأديرة الشخصية المعنوية (١٨ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة القسم الثاني ١٥-٢ ص ٩١ رقم ٤٣) .

أما دير سينا فيتمتع بالشخصية المعنوية وهو مستقل عن بطريركخانة الروم الأرثوذكس . ويرجع استقلاله هذا إلى اعتراف صدر له في عهد أوائل خلفاء المسلمين وبوجه خاص إلى براءة تولية صدرت في ١٥ رمضان سنة ١٣٢٢ إلى رئيسه في ذلك العهد، وقد اعترف القضاء المختلط لهذا الدير بالشخصية المعنوية (استئناف مختلط ٢٣ يونية ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٥٧٣) والظاهر أن هذا هو مذهب القضاء الأهلى أيضا ، ولم يقصد المشروع والحال هذه من ذكر الجماعات الدينية والأديرة إلى القطع بالرأى في تمتعها بالشخصية المعنوية ولكنه قصد إلى مجرد إثارة المسألة لتكون محلا للنظر وهى بعد أوثق اتصالا بالسياسة الخاصة بنظام الطوائف الدينية بوجه عام " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٧٤ ومابعدها .

وفى لجنة المراجعة رأت اللجنة تعديل هذه الفقرة " تعديلا يضع عبارة عامة تشمل جميع الهيئات والطوائف الدينية " (١) وذلك على النحو الراهن بالنص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقا فى حدود سلطاتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون العام (*personne de morale de droit publique*) وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص (*personne morale de droit privé*) " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢)

٢- " استقر قضاء هذه المحكمة على أن البطيريرك بوصفه رئيسا لمجلس الأقباط الأرثوذكس هو الذى يختص دون غيره برسامة القسس وترقيتهم ونقلهم من كنيسة إلى أخرى وعزلهم وتجريدهم وأن الكنائس والقسس العاملين بها خاضعة لتبعية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٧٦ .

وإشرافه وتعتبر العقود المبرمة مع هؤلاء قائمة بينهم وبين
البطريركية ولو اقتضى التنظيم المالى صرف أجورهم من الهيئات
أو الجمعيات التى تتولى الإدارة وأن علاقة الكاهن لدى الهيئة
الكنيسية للأقباط الأرثوذكس هى علاقة عمل " .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٣٠)

٣- (أ) - " مودى نص المادتين ٥٢، ٥٣ من القانون المدنى، أن
مناط ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية هو
باعتراف الدولة اعترافا خاصا بها، بمعنى أنه يلزم صدور ترخيص
أو إذن خاص بقيام الشخصية المعنوية لكل هيئة أو طائفة دينية ،
تحرزا من أن يجمع لكل داعية حوله أتباعا ويتخذ لهم نظاما خاصا
وينصب نفسه رائدا لهم ، وهو اعتراف مباشر وفردى على خلاف
الاعتراف العام الذى يتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة
متى توافرت فى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال
اكتسبت الشخصية المعنوية بقوة القانون . ولئن كان لا يشترط فى
اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية أن
يكون بقانون بل يكفى فيه - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة
الايضاحية للقانون المدنى - أن يكون وفقا للقواعد المعينة فى هذا
الصدد، إلا أنه ينبغى أن يكون هذا الاعتراف مبنيا على إذن
وتصريح واضحين من قبيل المصادقة على من يمثل الجهة الدينية

أو طبقا لما جرى عليه العرف، بحيث لا يتناقض مع واقع متواضع عليه ، يؤيد هذا النظر أن مشروع القانون الذى كان يضيف إلى البطريركيات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة ، والرهبنات والأديرة التى تتمتع باستقلال ذاتى ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئات الدينية التى تتبعها وتحفظت للمذكرة الإيضاحية بشأن الفقرة الأخيرة مقرر أنها لا تقصد بها القطع بالرأى فى تمتعها بالشخصية المعنوية ، غير أن لجنة الراجعة أقرت حقوقها مكثفة بوضع عبارة عامة تشمل جميع الهيئات والطوائف التى تعترف بها الدولة ، مما مؤداه أن اعتراف الدولة إنما ينصرف أصلا إلى ذلك الفريق من الناس الذين يجمع بينهم رباط مشترك سداه الإيمان بديانة معينة ولحمته استخلاص عقيدة من شريعة تلك الديانة دون الوحدات المنقرعة منها ما لم يجر العرف أو يصدر الإذن بإسباغ الشخصية المعنوية عليها" .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

(ب) - " طائفة الانجاليين الوطنيين قد اعترفت بها الدولة طائفة قائمة بذاتها بموجب الفرمان العالى الشاهانى الصادر فى ١٨٥٠/١١/٢ وتؤكد بالإرادة الخديوية السنوية الصادرة فى ١٨٧٨/٦/٤ بتعيين وكيل لهذه الطائفة بالقطر المصرى ثم بالتشريع الخاص بها الصادر به الأمر العالى المؤرخ فى ١٩٠٢/٣/١ أطلق عليها فيه اسم طائفة

الانجلييين الوطنيين وقد أوردت المذكرة التفسيرية للأمر العالى سالف الإشارة أن الطائفة الانجيلية " .. تشمل جملة كنائس انجيلية، ولكن أهمها بكثير من جهة عدد الأعضاء الكنيسة المشيخية المتحدة المصرية ... والسبب فى وضع مشروع الأمر العالى الذى نحن بصدده هو ما طلبته تلك الكنيسة حديثا من نظارة الحقانية من إنشاء مجلس عمومى لها بنوع مخصوص للطائفة الإنجيلية بأجمعها وقد نَعذر على نظارتى الحقانية والداخلية تعضيد هذا الطلب لأنه كان يترتب عليه حرمان للكنائس الأخرى الإنجيلية التى نقل أهمية عن هذه الكنيسة من المحكمة المختصة الآن بنظر قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ولأنه نظرا لقلّة عدد مشيخيها وعدم وجود نظام محلى لها فى غالب الأحوال لايتسنى إنشاء محكمة مخصوصة لكل كنيسة على حدها ، بيد أنه لم ير مانع قوى من إيجاد مجلس عمومى مع الوكيل يكون لجميع الكنائس مندوبون فيه وتكون اختصاصاته كاختصاصات المجالس العمومية للطوائف القبطية .." مما مفاده أن المشرع اعتبر الطائفة الإنجيلية بكافة شعبها وكنائسها طائفة واحدة ، وتعتمد لظروف خاصة أن يجعل اعتراف الدولة منصبا عليها كطائفة دون أن يسبغ للشخصية المعنوية على أى من كنائسها رغم تعددها ، واقتصر على المصادقة على تنصيب من يمثل المجلس العمومى للطائفة باعتباره يمثلها جميعا ، يظهر هذا

القول أن ديباجة الأمر العالى المشار إليه أوضحت أن الغرض من إصداره هو تعيين الشروط اللازم توافرها فيمن يكون عضوا بالطائفة تعيينا دقيقا واضحا ومجرد إيجاد مندوبين للجمعيات الدينية على اختلاف أنواعها المشتركة فى شئون الطائفة دون أن تشير إلى الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للكنائس المنضمة للطائفة أخذا بأن الاعتراف هو للطائفة جميعها، لما كان ما تقدم وكانت المادة ١٢ من الأمر العالى إنما تستهدف بيان الموارد المالية للمجلس العمومى للطائفة وتبرز أن الإيرادات التى تصل إلى مختلف الكنائس التابعة للطائفة إنما تسهم بها فى نفقات هذا المجلس دون أن تكون لها ذمة مالية منفصلة لأن هذه الإيرادات تعتبر مالا للطائفة الإنجيلية كلها ، وكانت المادة ٢٠ من ذات الأمر إنما تبين اختصاص المجلس العمومى للطائفة دون أن يفيد أيهما أن الكنائس التابعة للطائفة والتى لها مندوبين بالمجلس تتمتع بالشخصية الاعتبارية أو أن لها ذمة مالية مستقلة ، وإذ خالف الحكم هذا النظر واعتبر أن للكنيسة التى يمثلها الطاعنان ذمة مالية مستقلة فإنه يكون معيبا .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٤٤ قى جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٤- (أ) - " مفاد المادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المنقذ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية لا تثبت إلا باعتراف الدولة اعترافا خاصا بها ،

بمعنى أنه يلزم صدور ترخيص أو إذن خاص بقيام هذه الشخصية لكل هيئة أو طائفة دينية .

(ب) - " إذ كان الفرمان العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ بشأن تنظيم أمور الطوائف غير الإسلامية فى الدولة العلية تضمن النص على حق هذه الطوائف فى أن يكون لها مجالس مخصوصة تشكل فى البطريركخانات ثم أتبع ذلك صدور الأمر العالى فى ١٤ من مايو سنة ١٨٨٣ بالتصديق على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومى المعدل بالقوانين ٨ لسنة ١٩٠٨ ، ٣ لسنة ١٩٧١ ، ٢٩ لسنة ١٩٢٧ ، ٤٨ لسنة ١٩٥٠ ، ٢٦٧ لسنة ١٩٥٥ وكان مؤدى نصوص المادة الأولى والثانية والثالثة من هذا الأمر أن المشرع اعترف بالشخصية الاعتبارية لطائفة الأقباط الأرثوذكس واعتبر البطريرك نائباً عنها ومعبراً عن إرادتها فى كل ما يختص به مجلس عمومى الأقباط الأرثوذكس والمتعلق بمدارس وكنائس وفقراء ومطبعة هذه الطائفة وكذلك ما يخص الأوقاف الخيرية التابعة لها ، وهو ما أكدته المشرع عند إصداره للقرار بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٦٠ الذى - أنشأ هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس وأسند لها اختيار واستلام قيمة الأراضى الموقوفة على البطريرك والبطريركية والمطرانيات والأديرة والكنائس وجهات التعليم وجهات البر الأخرى المتعلقة

بهذه الطائفة التى يديرها مجلس يرأسه البطريرك وأشار القرار الجمهورى رقم ١٤٣٢ لسنة ١٩٦٠ بأن البطريرك يمثل هذه الهيئة قانوناً ، وإذ كان القانون هو مصدر منح الشخصية الاعتبارية لطائفة الأقباط الأرثوذكس وكان تمثيل هذه الطائفة فى التقاضى هو فرع من النيابة القانونية عنها يعين مداها ويبين حدودها ومصدرها القانون ، وكان الأصل أن البطريرك هو الذى يمثل طائفة الأقباط الأرثوذكس فى المسائل السابق الإشارة إليها دون سواء ما لم يرد فى القانون نص يسند صفة النيابة فى شأن من شئونها لهيئة معينة أو شخص معين إلى غير البطريرك . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر واعتبر أن لطائفة الأقباط الأرثوذكس بمحافظة القليوبية شخصية اعتبارية ورتب على ذلك أن للمطعون ضده الأول أسقف الأقباط بهذه المحافظة حق تمثيلها فى التقاضى بشأن النزاع المطروح فى الدعوى مع المطعون ضده الثانى رئيس لجنة الكنيسة ودون أن يمنحها القانون هذا الحق يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه .

(طعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢)

٤٧ - رابعاً : الأوقاف :

اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة " الأوقاف " من الأشخاص الاعتبارية . وهى تكون شخص اعتبارى عام .

والوقف نظام إسلامي يعرفه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أوفى المال .

وقد نظم الوقف في مصر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى نظام الوقف على غير الخيرات. والوقف إذا قربناه من إحدى الصور المألوفة للشخص الاعتباري وجدناه يقترب من المؤسسة باعتباره مثلها مجموعة من الأموال وله غرض من أغراض البر ولكنه مع ذلك له قواعده والخاصة التي تجعله يختلف عن المؤسسة. ولذلك نص للقانون المدني في المادة ٧٨ - قبل إلغائها - على أنه " لا تسري الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة في هذا القانون على ما أنشئ منها بطريق الوقف " .

والأموال الموقوفة تصبح غير قابلة للتصرف فيها . ويقول جمهور فقهاء الشرع الإسلامي أنها تكون على حكم ملك الله تعالى . وبيع هذه الأموال لاستبدال غيرها بها مجرد إحلال عين بدل عين . والمستحق في الوقف يكون حقه قاصرا على الربيع . وناظر الوقف يولى من قبل الواقف أو من قبل القاضي، وهو يستمد ولايته ممن ولاه، ويعتبر وكيلًا عن المستحق . ومن هذا يتبين أن للوقف

أحكامه الخاصة التي لا تتفق مع جعله شخصا اعتباريا . إلا أن القضاء جرى قبل صدور القانون المدني الجديد ، على اعتبار الوقف شخصا اعتباريا ، نزولا منه عند حكم الضرورات العملية . وذلك كي يصل إلى اعتبار ناظر الوقف نائبا عن جهة الوقف لا عن المستحقين ، حتى يكون للوقف ذمة تسأل عن ديون الوقف ولا يسأل عنها المستحقون . مع أن الفقه الإسلامي لا يعرف الشخصية الاعتبارية كما أن فقهاء الحنفية لا يجعلون للوقف ذمة^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين ، وثمرة أعيانه مملوكة له يستوفى هو منها ما يلزم للمحافظة على كيانه ، من أموال لجهة الحكومة وتزيم في الأعيان وإصلاح فيها مما فيه دوام لها ولمنفعتها ، وما فضل بعد ذلك هو الواجب توزيعه على أصحاب المنفعة من المستحقين ، أشخاصا بأعيانهم كانوا أو جهات بر ، ولا شئ للمستحقين إلا فيما فاض من الغلة بعد المصاريف وتوفية تلك الاستحقاقات المعروفة بالبدايات .

وعلى ذلك فليس لدائن المستحق في الوقف أن يعمد إلى المحصولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها في

(١) إلا أن الشافعية والمالكية جعلوا جهة الوقف أهلا للتملك . فانتهوا لها الذمة وهذا لا يستقيم واعتبار الوقف وكيفا عن المستحقين

مخازن الوقف جزاً تنفيذياً على اعتبار أنها مملوكة ملكاً خاصاً لمدينه ، فإن حجز عليها كذلك فحجزه باطل " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)

٢- "الوقف بأحكامه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القانون المدنى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتبارى كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المسؤولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملاً بالمادة ١٥١ من القانون المدنى لا يكون مخطئاً " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

٤٨- خامساً : الشركات التجارية والمدنية :

ورد بالمادة ضمن الأشخاص الاعتبارية : " الشركات التجارية والمدنية " .

والشركة عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدنى) .

والشركات إما أن تكون شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعى وإصلاح الأراضى ، وإما أن تكون شركات تجارية تتكون بقصد القيام بأعمال تجارية كعمليات البنوك والنقل والتأمين وما إلى ذلك ، وإذا كانت الشركة تكسب للشخصية القانونية بمجرد تكوينها فإنه لا يحتج بها على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر أو الشهر التى يحددها القانون ، ما لم يكن من مصلحة الغير الاحتجاج بشخصية الشركة قبل استيفاء هذه الإجراءات .

والشركات التجارية قد تأخذ أحد الأشكال الآتية :

١- شركة التضامن :

• هى الشركة التى يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصوص يكون اسما لها (م ٢٠) من قانون التجارة القديم الواردة فى الفصل الخاص بالشركات - والذى أبقي عليه القانون الجديد) . واسم واحد من الشركاء أو أكثر يكون عنوانا للشركة (م ٢١) .

والشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة (م ٢٢) .

و وفاة أحد الشركاء يؤدى من حيث المبدأ إلى انقضاء الشركة .

٢- شركة التوصية :

شركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون " موصون " (م٢٣) .
وتكون إدارة هذه الشركة بعنوان ويلزم أن يكون هذا العنوان اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسئولين المتضامين (م٢٤) .
والشركاء الموصون لا يلزمهم من الخسارة التي تحصل إلا بقدر المال الذي دفعوه أو الذي كان يلزمهم دفعه إلى الشركة (م٢٧) .

٣- شركة المساهمة :

هي الشركة التي لا تكون شخصية الشركاء فيها محل اعتبار، بل يكون الاعتبار لرأس المال .

وينظم شركات المساهمة للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (المعدل) بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة . وشركة المساهمة ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين في القانون .

وتقتصر مسئولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ولايسأل عن ديون الشركة إلا في حدود ما اكتتب فيه من أسهم.

ويكون للشركة اسم تجارى يشق من الغرض من إنشائها ، ولايجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنوانا لها (م ٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل) .

٤- شركة التوصية بالأسهم :

شركة التوصية بالأسهم هى شركة يتكون رأس مالها من حصة أو أكثر يملكها شريك متضامن أو أكثر . وأسهم متساوية القيمة يكتب فيها مساهم أو أكثر ، ويمكن تداولها على الوجه المبين بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ويسأل الشريك أو الشركاء المتضامنون عن التزامات الشركة مسئولية غير محدودة ، أما للشريك المساهم فلا يكون مسئولا إلا فى حدود قيمة الأسهم التى اكتتب فيها .

ويتكون عنوان الشركة من اسم واحد أو أكثر من أسماء الشركاء المتضامين دون غيرهم (م ٣) .

٥- الشركة ذات المسئولية المحدودة :

الشركة ذات المسئولية المحدودة هى شركة لايزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكا لا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته .

ولايجوز تأسيس الشركة أو زيادة رأسمالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام ، ولايجوز لها إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول ، ويكون انتقال حصص الشركاء فيها خاضعا

لاسترداد الشركاء طبقا للشروط الخاصة التى يتضمنها عقد الشركة، فضلا عن الشروط المقررة فى القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .
والشركة أن تتخذ اسما خاصا ، ويجوز أن يكون اسمها مستمدا من غرضها ، ويجوز أن يتضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر (م٤) (١).

٤٩- متى تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ؟

تتكون الشركة بعقد يتم بين الأشخاص الذى يتفقون على إنشائها .
وتشترط المادة ٥٠٧ مدنى أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للشركة بمجرد تكوينها . ولكن لا يتمسك بهذه الشخصية ضد الغير ، إلا بعد إجراء النشر عن الشركة ، على النحو الذى يحدده القانون . وذلك دون إخلال بحق الغير فى التمسك بنبوت هذه الشخصية برغم عدم إجراء النشر عنها، إذا كانت لهم فى ذلك مصلحة .

(١) أما شركات المحاصة فلا تثبت لها الشخصية الاعتبارية . وهذه الشركات هى التى تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة فى حق الغير ، فيكون من عقد من الشركاء المحاصين عقدا مع الغير مسئول عنه وحده دون غيره من الشركاء للمحاصين ، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التى تنشأ عن أعمالهم ، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين ، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها فى عقد الشركة .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن تكوين الشركة يتم بمجرد قيام عقد تأسيسها ، إلا أنه يستثنى من ذلك الحكم شركات المساهمة ، حيث يلزم لتكوينها ، إلى جانب إبرام عقد تأسيسها ، أن يصدر بها قرار جمهوري يعترف بوجودها (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- كل شركة تجارية غير شركة المحاصة تعد في مصر شخصا اعتباريا . والجنسية كما هي من لوازم الشخص الطبيعي هي من لوازم الشخص الاعتباري ، فكل شركة تجارية - عدا المحاصة - لا بد لها من جنسية يتحدد بها وصفها القانوني . وهذه الجنسية يعينها القانون " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٢- " متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قبل رفع الدعوى في الشركة المطعون ضدها اندماجا كلياً وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها وبالتالي انتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفة له في تمثيلها وفي التصرف في حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ولم يعد له حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن يكون غير جائز قانوناً وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه على حق إذ ارفض توجيه اليمين " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٦٦ ومابعد - عبد الوود يحيى ص ٩٤ .

٣- " إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها ، فإنه يترتب على الإندماج - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تمنح شخصية الشركة المندمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضاءها . وإذا كان للثابت أنه قد اجتمعت في شخص الشركة الجديدة ، صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك - الطاعن - فإنه ينقضى بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى . "

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢١)

٤- " مودى القانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت ومذكرته الإيضاحية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع لم يشأ انقضاء المشروع المؤمم بمقتضى هذا القانون ، بل رأى الإبقاء على شكله القانونى ، واستمراره فى ممارسة نشاطه مع إخضاعه للجهة الإدارية التى يرى إلحاقه بها .

وهذا الإشراف لايعنى زوال شخصية المشروع المؤمم بل تظل له شخصيته المعنوية التى كانت له قبل التأميم ، وذمته المالية المستقلة بما عساه يكون عالقا بها من التزامات ، فيسأل للمشروع

مسئولية كاملة عن جميع التزاماته السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيته المعنوية ، ولايغير من ذلك أولولة أسهم الشركات المؤممة إلى الدولة ، مع تحديد مسئوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم. ذلك أن مسؤولية الدولة - وقد أصبحت المساهم الوحيد بعد أن آلت إليها ملكية جميع الأسهم - لاتعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة فى مسؤولية المساهم الذى لايسأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها، وإنما تتحدد مسئوليته عند التصفية بقيمة ما يملكه من أسهم " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣٠)

٥- " لشركات الأشخاص سواء كانت شركات تضامن أو شركات توصية شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها وهو ما يستتبع انفصال ثمتها عن ذممهم فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائنيها وحدهم ولايجوز لدائنى الشركاء التنفيذ على أموال الشركة مزاحمين بذلك دائنيها وإنما يجوز لهم أن ينفذوا على ما يدخل فى ذمة الشريك من أموال الشركة كحصة فى الأرباح أو نصيبه للصافى مما يتبقى من أموالها بعد التصفية ولذلك نص المشرع فى المادة ٥٣٣ من التقنين المبنى على بقاء الشخصية المعنوية للشركة فى حدود ما تتطلبه أغراض التصفية كإنجاز الأعمال الجارية واستيفاء حقه ق الشركة ووفاء ديونها فإذا أنجز

المصنفى هذه الأعمال يصبح للشركاء ملاكا على الشيوع للصافى من أموالها وتتم قسمته بينهم أما قبل ذلك فلا يجوز الحجز على أموال الشركة استيفاء لدين على الشركاء . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب بطلان الحجز الموقعة على عقارين مملوكين للشركة وفاء لديون مستحقة على الشركاء بمقولة أن الشركة قد انقضت لاستغراق أموالها بالديون وأنه لا حاجة لتصفيتها مع أولولة أموالها إلى الشركاء محملة بالديون المستحقة على الشركة يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٦- "مؤدى القانون رقم ١١٧ سنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت وقوانين التأميم اللاحقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يشأ لنقض الشركة أو المنشأة المؤممة بمقتضى هذه القوانين بل رأى الإبقاء على شكلها القانونى واستمرارها فى ممارسة نشاطها مع إخضاعها للجهة الإدارية التى يرى إلحاقها بها ، وهذا الإشراف لايعنى زوال شخصية الشركة أو المنشأة المؤممة بل تظل شخصيتها المعنوية التى كانت لها قبل التأميم وذمتها المالية المستقلة بما عساه يكون عالقا بها من التزامات فتسأل الشركة المؤممة مسئولية كاملة عن جميع التزاماتها السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيتها المعنوية، ولايغير

من ذلك أبولة ملكية أسهم الشركات المؤممة إلى الدولة مع تحديد مسئوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم ، ذلك أن مسئولية الدولة - وقد أصبحت المساهم الوحيد بعد أن آلت إليها ملكية الشركة المؤممة - لا تعدو أن تكون تطبقا للقواعد العامة فى مسئولية المساهم الذى لايسأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها وإنما تتحدد مسئوليته عند التصفية بقيمة ما يملكه من أسهم ، لما كان ما تقدم فإن مسئولية أصحاب الشركة المؤممة السابقين عن ديونها فيما زاد على أصولها التى آلت إلى الدولة ولا تقوم إلا عند تصفيتها لتغطية ما يزيد عن مسئوليته ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الشركة المؤممة ظلت تزاوّل نشاطها بعد التأميم ولم تتم تصفيتها فإنها تظل مسئولية وحدها مسئولية كاملة عن كافة ديونها السابقة على التأميم ولا يغير من ذلك. إجماعها بعد تأميمها فى شركة ذلك أن إجماع الشركة بطريق الضم وإن كان يترتب عليه أن تقتضى الشركة للمندمجة وتنمى شخصيتها الاعتبارية ونمتها المالية إلا أن الشركة الدامجة تحل محلها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها بذلك خلافة عامة، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالإلزام الطاعنين بالدين المقضى به على سند من المادة الرابعة من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ التى تنص على

مسئولية أصحاب الشركة أو المنشأة المؤممة السابقين فيما زاد عن ديونها السابقة على التأميم من قيمة أصولها التي آلت إلى الدولة بالرغم من ثبوت استمرار الشركة المؤممة في مزاولة نشاطها وعدم تصفيتها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٦/١٢)

٧- (أ) - " الشخصية للمعنوية تثبت لجميع الشركات المدنية والتجارية على السواء أيا كان الشكل الذي تتخذه فيما عدا شركات المحاصة " .

(ب) - " لما كان الشريك لا يعتبر مالكا على الشيوع إلا إذا كانت الشركة ليست لها شخصية معنوية أو كانت لها شخصيتها ثم انقضت وكانت الشركة الفعلية تحتفظ بالشخصية المعنوية . وكان الثابت في الدعوى - على ما حصله الحكم المطعون فيه - أن الشركة القائمة بين المطعون ضدهم الخمسة الأول هي شركة تضامن لم تشهر ومن ثم فهي شركة فعلية وبالتالي فإن الشخصية المعنوية تثبت لها بمجرد تكوينها وتكون حصة الشريك في مالها غير شائعة " .

(طعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨)

٨- " النص في المادة ٥٠٥ من القانون المدني على أن " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع

مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، وفي المادة ٥٠٩ من القانون ذاته على أن " لايجوز أن تقتصر حصة للشريك على ما يكون له من نقود ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية " يدل على أنه لا بد أن يساهم كل شريك بحصة في رأس مال الشركة ، والحصة قد تكون نقودا أو أوراقا مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملا أو اسما تجاريا أو براءة اختراع أو دينا في ذمة الغير ، وبصفة عامة كل ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصح أن يكون حصة في الشركة " .

(طعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥)

٥٠- سادسا : الجمعيات والمؤسسات :

اعتبر نص المادة ٥/٥٢ مدنى الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد ، من الأشخاص الاعتبارية . والأحكام التى يشير إليها النص هى المواد من ٥٤ إلى ٨٠ من التقنين المدنى ، وهذه المواد ألغيت بموجب القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ (بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) والذي حل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ (بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) ثم ألغى وحل محله القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩

(بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) ، وقد قضى بعدم دستورية القانون الأخير لسبب شكلى بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" (الجريدة الرسمية العدد ٢٤ فى ٢٠٠٠/٦/١٧). فأصدر المشرع القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ (بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية) ، ولذلك ستكون دراستنا للجمعيات والمؤسسات الأهلية على ضوء القانون الأخير .

(أ) الجمعيات :

٥١- تعريف الجمعية :

تعتبر جمعية فى تطبيق أحكام القانون (القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢) كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين ، أو أشخاص اعتبارية أو منهما معا لا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة ، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادى (م ١).

ومن هذا التعريف يتبين أنه لى تكون هناك جمعية يجب أن تتوفر العناصر الآتية :

١- جماعة من الأشخاص ، ويستوى فى هذا أن يكون الأشخاص الذين تتكون منهم الجماعة أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتباريين أم منهما معا ، ويجب ألا يقل عددهم عن عشرة .

٢- تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة . فيجب لاعتبار الجماعة شخصية اعتبارية أن تكون لها صفة الاستمرار . وعلى ذلك فالاجتماعات العارضة في المساجد أو في النوادي أو للقيام برحلة لا تضاف على المجتمعين صفة الجمعية وبالتالي لا تعتبر هذه الجماعات أشخاصا اعتبارية .

٣- غرض تريد الجماعة تحقيقه . ويشترط في هذا الغرض أن يكون غير مادي . وهذا ما يفرق بين الجمعية والشركة، إذ الأخيرة تهدف إلى تحقيق ربح مادي^(١).

٥٢- إنشاء الجمعية :

نظرا لما للجمعيات من قوة تستطيع أن تؤثر بها في المجتمع تأثيرا قد يكون حسنا وقد يكون سيئا ، رأى كثير من الدول الحديثة ضرورة تنظيمها وبيان شروط كسبها للشخصية القانونية . وتختلف هذه الشروط في شدتها تبعا لدرجة استعداد كل دولة لتشجيع تأليف الجمعيات .

ونص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون على أن :
"يشترط في إنشاء للجمعية أن يكون لها نظام أساسي مكتوب وموقع عليه من المؤسسين وأن تتخذ لمركز إدارتها مقرا ملائما في

(١) عبد الوود يحيى ص ٩٥ ومابعدا - الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥١٦ ومابعدا .

جمهورية مصر العربية " أى أنها تجعل الاتفاق على إنشاء جمعية اتفاقا شكليا بمعنى أنه لا ينعقد إلا بالكتابة ، فالكتابة شرط انعقاد وليست للإثبات (١).

٥٣. بدء شخصية الجمعية :

يجب أن يكون طلب قيد ملخص النظام الأساسى للجمعية محررا على النموذج المعد لذلك مصحوبا بالمستندات الآتية :

١- نسختان من النظام الأساسى للجمعية موقعا عليهما من جميع المؤسسين .

٢- إقرار من كل عضو مؤسس متضمنا استيفاء الشروط المنصوص عليها فى المادة (٢) والبيانات الواردة بالبند (د) من المادة (٣) من هذا القانون .

٣- سند شغل مقر الجمعية .

وعلى الجهة الإدارية إثبات تاريخ تقديم طلب القيد على صورة منه تسلم إلى الطالب مع قيده فى سجل خاص لديها .

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون إجراءات تقديم الطلب والرسم الواجب أدائه مقابل قيد نظام الجمعية فى السجل الخاص بما لايزيد على مائة جنيه تؤول حصيلته إلى صندوق إعادة

(١) الدكتور عبد المنعم الصده نظرية الحق ١٩٤٩ ص ١٣٢ - حسن كيره ص ٦٨١ .

الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، ويرفق باللائحة نموذج لطلب القيد المشار إليه (م٥) .

وتلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص للنظام الأساسى للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك خلال ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مصحوبا بالمستندات المشار إليها سلفا ، فإذا مضت الستون يوما دون إتمامه اعتبر القيد واقعا بحكم القانون .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بإجراء هذا القيد أو بمضى ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا ، أيهما أقرب (م١/٦ ، ٢) وعلى الجهة الإدارية اتخاذ إجراءات نشر ملخص النظام الأساسى للجمعية بالوقائع المصرية خلال ستين يوما من تاريخ ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية ، ويكون النشر بغير مقابل (م٥/٦) .

ومفاد ذلك أن الشخصية الاعتبارية للجمعية تثبت بقيد ملخص النظام الأساسى للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك ، أو بمضى ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا ، إذا لم يتم قيده ، والعبرة بأقرب الأمرين .

ولا يترتب على تأخير النشر بالوقائع المصرية تأخير بدء شخصية الجمعية وعلى ذلك فإن الجمعية وهى فى دور التأسيس وقبل قيدها ، لاتؤول إليها الحقوق والالتزامات التى ترتبت فى هذه

الفترة ولكن للجمعية أن تقر هذه التصرفات ، وبهذا التصرف تكسب تلك الحقوق وتسأل عن هذه الالتزامات إن ترتبت وليس منذ اكتمال قيدها ^(١).

وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٨ من التقنين المدني - قبل إلغاء المادة - تقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد إنشائها أى بتحرير نظامها . وكانت الفقرة الثالثة منها تعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها . غير أن الشهر كان مقرا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم إهمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالأثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩ الملغاة) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يقضى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة فى مادته السابعة بأن الشخصية الاعتبارية للجمعية لا تثبت إلا إذا شهر نظامها ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية فى جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافه الجمعية الدامجة لها فى شخصيتها إلا بشهر نظام هذه الجمعية الأخيرة بوصفها خلفاً للجمعية الأولى وإلى أن يتم الشهر لا يثبت الاستخلاف بين الجمعيتين فى

(١) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدني الجزء الثانى الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٦٦ .

الشخصية الاعتبارية وتبقى هذه الشخصية لاصقة بالجمعية التي كانت لها أصلاً " .

(طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٤)

٥٤- أغراض الجمعيات :

تعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها في الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية، ويجوز للجمعية بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية أن تعمل في أكثر من ميدان (م ١/١١) ومثال هذه الجمعيات : الجمعيات الخيرية أو الثقافية أو العلمية أو الاجتماعية ويحظر إنشاء الجمعيات السرية ، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطاً مما يأتي :

١- تكوين سرايا أو التشكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى .

٢- تهديد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

٣- أى نشاط سياسى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية وفقاً لقانون الأحزاب ، وأى نشاط نقابى تقتصر ممارسته على النقابات وفقاً لقوانين النقابات .

٤- استهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك، ولا يعد اتباع الضوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم في تحقيق أغراض الجمعية نشاطا مخالفا (م ١١) .

٥٥- النظام الأساسي للجمعية :

يشترط فى إنشاء الجمعية أن يكون لها نظام أساسى مكتوب وموقع عليه من المؤسسين وأن تتخذ لمركز إدارتها مقرا ملائما فى جمهورية مصر العربية (م ١/٢) .

ويجب أن يشتمل النظام الأساسى للجمعية على البيانات الآتية:

(أ) اسم الجمعية على أن يكون مشتقا من غرضها ، وغير مؤد إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

(ب) نوع وميدان ونشاط الجمعية ونطاق عملها الجغرافى .

(ج) عنوان المقر المتخذ مركزا لإدارة الجمعية .

(د) اسم كل عضو من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(هـ) موارد الجمعية وطريقة استغلالها والتصرف فيها .

(د) أجهزة الجمعية التى تمثلها ، واختصاصات كل منها، وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم ، والنصاب اللازم لصحة انعقاد هذه الأجهزة وصحة قراراتها .

(ز) نظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم، وعلى الأخص حق كل عضو فى الاطلاع على مستندات الجمعية وحضور الجمعية العمومية والتصويت فيها .

(ح) نظام المراقبة المالية .

(ط) قواعد تعديل النظام الأساسى للجمعية وتكوين فروع لها وأحوال انقضاء الجمعية والجهات التى تؤول إليها أموالها فى هذه الأحوال .

(ى) تحديد المختص بطلب اكتساب الجمعية صفة النفع العام .

(ك) تحديد ممثل جماعة المؤسسين فى اتخاذ إجراءات التأسيس .

ويرفق باللائحة التنفيذية للقانون نظام أساسى نموذجى يجوز

للجمعيات اتباعه (م ٣) .

وقد تضمنت اللاحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير التأمينات والشئون الاجتماعية رقم ١٧٠ لسنة ٢٠٠٢ النظام النموذجى المشار إليه .

٥٦- الأجهزة التى تدير الجمعية :

١- الجمعية العمومية :

تتكون الجمعية العمومية للجمعية وفقا للمادة ٢٤ من جميع الأعضاء العاملين الذين مضت على عضويتهم ستة أشهر على الأقل وأوفوا بالالتزامات المفروضة عليهم وفقا للنظام الأساسى للجمعية .

والمكان الذى تعقد فيه الجمعية العمومية هو مقر المركز الرئيسى للجمعية ، كما يجوز لها أن تتعقد فى أى مكان آخر يحدد فى الدعوة المرفق بها جدول الأعمال ، وترسل نسخة من الأوراق المطروحة على الجمعية العمومية إلى الجهة الإدارية وإلى الاتحاد الذى تكون الجمعية منضمة إليه قبل انعقاد بخمسة عشر يوما على الأقل وللاتحاد أن ينيب عنه من يحضر الاجتماع . (م ٢٦/١) .

وجوز للجمعية العمومية النظر فى غير المسائل الواردة فى جدول الأعمال بموافقة الأغلبية المطلقة لمجموع عدد أعضائها . ويجب إبلاغ كل من الجهة الإدارية والاتحاد المختص بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال ثلاثين يوما من تاريخ انعقاده (م ٢٦/٢ ، ٣) .

وتتعقد الجمعية العمومية بدعوة كتابية لكل من أعضائها الذين لهم حق الحضور ، يبين فيها مكان الاجتماع وموعده وجدول الأعمال، وتوجه هذه الدعوة من :

(أ) مجلس الإدارة .

(ب) من يفوضه (٢٥%) من عدد الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية .

(ج) المفوض المعين طبقا للمادة (٤) من هذا القانون .

(د) الجهة الإدارية إذا رأت ضرورة لذلك (م ٢٥) .

ويجب دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى مرة كل سنة على الأقل خلال الأربعة الأشهر التالية لانتهاى السنة المالية للجمعية ، وذلك للنظر فى الميزانية والحساب الختامى ونقرير مجلس الإدارة عن أعمال السنة ونقرير مراقب الحسابات ، ولانتخاب أعضاء مجلس الإدارة بدلا من الذين زالت أو انتهت عضويتهم ، ولتعيين مراقب الحسابات وتحديد أتعابه ولغير ذلك مما يرى مجلس الإدارة إدراجه فى جدول الأعمال ، كما يجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى كلما اقتضت الضرورة ذلك . وتدعى الجمعية العمومية لاجتماعات غير عادية للنظر فى تعديل النظام الأساسى للجمعية أو حلها أو اندماجها فى غيرها أو عزل كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة أو لغير ذلك من المسائل التى يحدد النظام الأساسى للجمعية وجوب نظرها فى اجتماع غير عادى (م٢٧) .

ويعتبر اجتماع الجمعية العمومية صحيحا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها أى النصف + زائد واحد ، فإن لم يتكامل العدد أجل الاجتماع إلى جلسة أخرى تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع الأول تبعا لما يحدده النظام الأساسى للجمعية ، ويكون الانعقاد فى هذه الحالة صحيحا إذا حضره - بأنفسهم عدد لا يقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو عشرين عضوا أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين فى الحالة الأولى عن خمسة أعضاء (م٢٨) .

ولعضو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضو آخر يمثله
فى حضور الجمعية العمومية وفقا للقواعد التى يقرها النظام
الأساسى للجمعية ولايجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو
واحد (م ٢٩) .

ولايجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت إذا
كانت له مصلحة شخصية فى القرار المعروض وذلك فيما عدا
انتخاب أجهزة الجمعية (م ٣٠) .

وتصدر قرارات الجمعية العمومية العادية بالأغلبية المطلقة
للأعضاء الحاضرين (م ٣١/١) .

وتصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بالأغلبية المطلقة
لعدد أعضاء الجمعية ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر
(م ٣١/٢) .

٢- مجلس الإدارة :

يكون لكل جمعية مجلس إدارة يتكون من عدد فردى من
الأعضاء لا يقل عن خمسة ولايزيد على خمسة عشر وفقا لما يحدده
النظام الأساسى، تنتخبهم الجمعية العمومية لدورة مدتها ست
سنوات، على أن يجرى تجديد انتخاب ثلث أعضاء المجلس بدلا
ممن تنتهى عضويتهم بطريق القرعة كل سنتين (م ٣٢/١) .

ويجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانف أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين فى الجمعية ويكون تعيين أول مجلس إدارة عن طريق جماعة المؤسسين لمدة أقصاها ثلاث سنوات (م ٣٢).

ويشترط فىمن يرشح لعضوية مجلس إدارة الجمعية أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية ، ويحدد النظام الأساسى للجمعية الشروط الأخرى (م ٣٣).

ويكون لمجلس الإدارة رئيس يمثل الجمعية أمام القضاء وقبل الغير (م ٣٧/٢) .

ويجب أن ينعقد مجلس إدارة الجمعية مرة كل ثلاثة شهور على الأقل، ولا يكون انعقاده صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه (م ٣٨/١) وتصدر قراراته بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر ، وعند تساوى الأصوات يرجح الجانب الذى منه الرئيس (م ٣٨/٢) .

وعلى مجلس الإدارة إفادة الجهة الإدارية بالقرارات التى تصدر عنه أو عن الجمعية العمومية وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها (م ٣٨/٣) .

٣- مدير الجمعية :

يجوز لمجلس الإدارة أن يعين مديرا للجمعية من أعضائه أو من غيرهم ، ويحدد قرار التعيين أعمال الإدارة التي تختص بها والمقابل الذي يستحقه (م ٣٩) .

٥٧- أهلية وجوب الجمعية :

أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام - كما سئرى - محدودة بالقياس إلى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر إلى ما يبين الشخصيين من اختلاف فى التكوين والغرض ، فتتقيد بامتتباع إسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان إلى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند إلى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض. وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى بعامّة ، يصدقان فى شأن الجمعية بخاصة^(١).

وبجانب هذين القيدين العامين ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص ، إذ نص فى المادة ١٥ على أن : "للجمعية الحق فى تملك العقارات بما يمكنها من تحقيق أغراضها مع مراعاة أحكام القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات " .

ولاستثنى الجمعيات الخيرية الأجنبية من حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وفقا لأحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ .

(١) حسن كبره ص ٦٨٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ، والفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما فى حكمها ، أنه يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين أن يملكوا الأراضي الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية بأى سبب من أسباب كسب الملكية . ولا يعتد بتصرفات الأجنبي الصادرة إلى أحد المصريين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل ١٩٦١/١٢/٢٣ وإذا جاء النص بالنسبة للأشخاص الاعتباريين عاما مطلقا فإنه يشمل الجمعيات الخيرية الأجنبية ولو قصد المشرع استثناء هذه الجمعيات من تطبيق أحكام هذا القانون لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للفلسطينيين ، ويؤيد هذا النظر أن المشرع استثنى بعد ذلك هذه الجمعيات من تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشروط خاصة حتى تتمكن الجمعيات المذكورة من الاستمرار فى القيام بنشاطها فنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ على أنه استثناء من أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بخظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما فى حكمها يجوز للجمعيات الخيرية التى كانت قائمة وقت العمل بذلك المرسوم بقانون الاحتفاظ

بالمساحات التى كانت تملكها فى ذلك للتاريخ من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية بعد استبعاد ما سبق لها التصرف فيه من هذه الأراضى قبل العمل بأحكام هذا القانون ، ويصدر بتحديد الجمعيات الخيرية الأجنبية التى يسرى عليها هذا الحكم قرار من رئيس الجمهورية وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تدع أنها أفادت من هذا القانون فإن النعى يكون غير سديد " .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ قى جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

٥٨- رقابة الإدارة على نشاط الجمعية :

نوجز أهم أوجه رقابة الإدارة على الجمعيات فيما يلى :

- ١- للجهة الإدارية المختصة الاعتراض على ما ترى فيه مخالفة للقانون فى النظام الأساسى للجمعية أو فيما يتعلق بالمؤسسين ، ولا يحول دون ذلك التزامها بقيد الجمعية فى السجل الخاص بالقيد خلال المدة لمبينة فى المادة (٦) من القانون وعلى الجهة الإدارية إذا رأت وجها للاعتراض إخطار الجمعية بأسباب اعتراضها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، فإذا لم تقم الجمعية بإزالة أسباب الاعتراض خلال الأجل الذى تحدده الجهة الإدارية عرضت النزاع على اللجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون .

وعند رفع الدعوى بشأن الاعتراض أمام المحكمة المختصة بمراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة (٧) من القانون - يكون للجهة الإدارية أن تطلب من المحكمة المختصة على وجه الاستعجال الحكم بإزالة أسباب المخالفة مع استمرار الجمعية فى نشاطها أو بوقف نشاط الجمعية مؤقتا لحين الفصل فى موضوع الدعوى.

وتقوم الجهة الإدارية بالتأشير بمنطوق الحكم على هامش قيد الجمعية فى السجل الخاص (م٨) .

٢- على الجمعية أن تحتفظ فى مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها ، وتبين اللائحة التنفيذية للقانون هذه السجلات وكيفية إمسакها واستعمالها والبيانات التى تحتوى عليها .

ويجب ختم هذه السجلات من الجهة الإدارية قبل استعمالها (م١٩) .

ويجوز للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الشؤون الاجتماعية ولممثلة الاتحاد المختص دخول مقر الجمعية أو فروعها بغرض الاطلاع على سجلاتها وفقا للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون (م ٢٠) .

٣- تلتزم الجمعية بأن تودع لدى أحد البنوك أو صندوق التوفير أموالها النقدية بالاسم الذى قُيِّمت به (م٢٢/١) .

٤- فى الأحوال التى تصدر فيها الجمعية قرارا ترى الجهة الإدارية أنه مخالف للقانون أو لنظامها الأساسى يكون لهذه الجهة أن تطلب من الجمعية بكتاب موصى عليه بعلم الوصول سحب القرار ، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إفادتها به وفقا للفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من القانون ، فإذا لم تقم الجمعية بسحبه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطارها ، كان للجهة الإدارية أن تعرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من القانون^(١)، ويكون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة (محكمة

(١) والمادة (٧) المشار إليها تنص على أن : " تتشأ فى نطاق كل محافظة، لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها سنويا قرار من وزير العدل برئاسة مستشار - على الأقل - بمحاكم الاستئناف - ترشحه الجمعية العمومية للمحكمة ، وعضوية كل من :

- ١- ممثل للجهة الإدارية يرشحه وزير الشؤون الاجتماعية .
- ٢- ممثل للاتحاد الإقليمى يرشحه مجلس إدارة الاتحاد العام للجمعيات، ويضم إلى عضوية اللجنة ممثلا للجمعية المعنية الطرف فى المنازعة ترشحه جمعيتها العمومية أو مجلس إدارتها وتختص اللجنة بفحص المنازعات التى تنشأ بين الجمعية والجهة الإدارية لتسويتها بالطرق الودية .

ولايصح انعقاد اللجنة إلا بحضور رئيسها وممثل عن كل من طرفى النزاع ، وتصدر قرارها خلال ستين يوما من تاريخ عرض النزاع عليها

القضاء الإداري) بمراعاة حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧) المشار إليه .

٥- لا يجوز للجمعية أن تتضم أو تشترك أو تنتسب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة مقرها خارج جمهورية مصر العربية وتمارس نشاطا لا يتنافى مع أغراضها إلا بعد إخطار الجهة الإدارية بذلك ، ومضى ستين يوما من تاريخ الإخطار دون اعتراض كتابي منها . (١٦م) .

٦- لا يجوز للجمعية تلقي التبرعات سواء من الأشخاص الطبيعيين ومن الأشخاص الاعتباريين إلا بعد موافقة الجهة الإدارية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية للقانون . وفى جميع الأحوال لا يجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من الخارج سواء من شخص مصرى أو شخص أجنبى أو جهة أجنبية أو من يمثلها فى الداخل ، ولا أن ترسل شيئا مما ذكر إلى أشخاص أو

وذلك بأغلبية الأصوات ، وعند التساوى يرجح الجانب الذى فيه الرئيس ، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون للقواعد والإجراءات الأخرى لمسير العمل فى اللجنة .

ويكون قرار اللجنة ملزما ولجب التنفيذ إذا قبله طرفا النزاع . ولا تقبل الدعوى بشأن النزاع لدى المحكمة المختصة ، إلا بعد صدور قرار فيه من اللجنة ، أو بعد انقضاء مدة الستين يوما المشار إليها ، ويكون رفع الدعوى خلال ستين يوما من تاريخ صدور القرار أو انقضاء تلك المدة ، وذلك وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى .

منظمات فى الخارج إلا بإذن من وزير الشؤون الاجتماعية . وذلك كله فيما عدا الكتب والنشرات والمجلات العلمية والفنية (م١٧) .

٧- مع مراعاة أحكام النظام الأساسى للجمعية ، إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفى لاتعاقده صحيحا ، جاز لوزير الشؤون الاجتماعية عند الضرورة ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، أن يعين بقرار مسبب مفوضا من بين الأعضاء أو من غيرهم، تكون له اختصاصات مجلس الإدارة . وعلى المفوض دعوة الجمعية العمومية خلال ستين يوما لانتخاب مجلس إدارة جديد، وإلا اعتبرت مدعوة إليه بحكم القانون يوم الجمعة التالى لفوات الميعاد المشار إليه ، وتنظم اللائحة التنفيذية للقانون أوضاع هذا الاجتماع .

وتنتهى مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد (م٤٠) .

٨- يحق لوزير الشؤون الاجتماعية حل الجمعية عملا بالمادة

٤٢ من القانون (أنظر فى التفصيل بند ٦) .

٥٩- المزايا التى تتمتع بها الجمعية:

تنص المادة (١٣) من القانون على أنه مع عدم الإخلال بأية

مزايا منصوص عليها فى قانون آخر ، تتمتع الجمعيات الخاضعة

لأحكام هذا القانون بالمزايا الآتية :

(أ) الإعفاء من رسوم التسجيل والتقييد التى يقع عبء أدائها على الجمعية فى جميع أنواع العقود التى تكون طرفا فيها كعقود الملكية أو الرهن أو الحقوق العينية الأخرى ، وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

(ب) الإعفاء من ضرائب ورسوم الدمغة المفروضة حاليا والتى تفرض مستقبلا على جميع العقود والتوكيلات والمحركات والأوراق المطبوعة والسجلات وغيرها .

(ج) الإعفاء من الضرائب الجمركية والرسوم الأخرى المفروضة على ما تستورده من عدد وآلات وأجهزة وأدوات ولوازم إنتاج وكذا على ما تتلقاه من هدايا وهبات ومعونات من الخارج ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الشؤون الاجتماعية وعرض وزير المالية، وبشرط أن تكون هذه الأشياء لازمة لنشاطها الأساسى . ويحظر التصرف فى الأشياء المعمرة منها التى تحدد بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بالاتفاق مع وزير المالية، وذلك قبل مرور خمس سنوات ما لم تدفع عنها الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة .

(د) إعفاء العقارات المبنية المملوكة للجمعية من جميع الضرائب العقارية .

(هـ) تمنح تخفيضاً مقداره (٢٥%) من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

(و) سريان تعريفه الاشتراكات والمكالمات التليفونية الخاصة المقررة للمنازل، ويصدر بتحديد الجمعيات التى تسرى عليها هذه التعريفه قرار من الجهة الإدارية .

(ز) تمنح تخفيضاً مقداره (٥٠%) من استهلاك المياه والكهرباء والغاز الطبيعى التى تقوم بإنتاجها الهيئات العامة وشركات القطاع العام وأية جهة حكومية .

(ح) اعتبار التبرعات التى تقدم للجمعيات تكليفاً على دخل المتبرع بما لايزيد على ١٠% منه .

٦٠- انتهاء شخصية الجمعية :

تنتهى شخصية الجمعية بالحل الاختيارى أو بالحل الجبرى.

فبالنسبة للحل الاختيارى فإنه يكون بقرار من الجمعية العمومية غير العادية وفقاً للقواعد المقررة فى نظامها الأساسى ، ويجب أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى (م٤١) .

أما الحل الجبرى فيكون بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية العمومية لسماع أقوالها ، فى الأحوال الآتية :

١- التصرف فى أموالها أو تخصيصها فى غير الأغراض التى أنشئت من أجلها .

٢- الحصول على أموال من جهة خارجية أو إرسال أموال إلى جهة خارجية بالمخالفة لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون .

٣- ارتكاب مخالفة جسيمة للقانون أو النظام العام أو الآداب .
٤- الانضمام أو الاشتراك أو الانتساب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة خارج جمهورية مصر العربية بالمخالفة لحكم المادة (١٦) من القانون .

٥- ثبوت أن حقيقة أغراض الجمعية استهداف أو ممارسة نشاط من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من القانون .

٦- القيام بجمع تبرعات بالمخالفة لحكم الفقرة الأولى من المادة (١٧) من القانون .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما (م ٤٢).

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشؤون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من القانون ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أى من أعضاء الجمعية التى صدر فى شأنها القرار (م ٤٢ من القانون) .
ولوزير الشؤون الاجتماعية بدلا من حل الجمعية أن يصدر قرارا بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو بوقف نشاط الجمعية (م ٤٢) .

٦١- الآثار المترتبة على حل الجمعية :

يترتب على حل الجمعية الآثار الآتية :

١- يجب على القائمين على إدارة الجمعية المنحلة وموظفيها المبادرة بتسليم أموال الجمعية وجميع المستندات والأوراق الخاصة بها إلى المصفى بمجرد طلبها ، ويمتنع عليهم كما يمتنع على الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئونها أو أموالها أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م ٤٤) .

٢- مع مراعاة ما سبق ، يحظر على أعضاء الجمعية المنحلة أو أى شخص آخر قائم على إدارتها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها ، كما يحظر على كل شخص الاشتراك فى نشاط أية جمعية تم حلها (م ٤٧) .

٣- انفساح عقد إيجار مقر الجمعية بقوة القانون إذ تنقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٥٩ من التقنين المدنى بأن : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة

تفليذه انتقضت معه الالتزامات المقابلة له وينسخ العقد من تلقاء نفسه"، ومن ثم يترتب على حل الجمعية اختيارا أو جبرا ، انقضاء شخصية الجمعية القانونية مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، ومن ثم ينسخ عقد إيجار الجمعية لمقرها بقوة القانون .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من القانون المدني على أنه " إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقده معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به " . يؤدي بتطبيقه على واقعة النزاع إلى أنه عندما تعاهد الطاعن باسمه لاستئجار شقة النزاع لتكون مقر الجمعية فإن هذا التعاهد كان يتضمن تعهد الطاعن بأن تقبل الجمعية عند إنشائها استئجار الشقة ، ويعتبر العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده - المؤجر - مشتملا على إيجاب من هذا الأخير موجهها للجمعية ، إذا قبلت صارت مستأجرة للعين محل النزاع بموجب عقد إيجار جديد بينها وبين المؤجر ، يحل محل العقد الذي أبرمه الطاعن وتم تفليذه بقبول الجمعية ، وإذا حلت الجمعية فقد انتقضت شخصيتها القانونية التي كانت تستأجر العين محل النزاع ، مما يجعل تنفيذ عقد الإيجار

مستحيلا لانهدام المستأجر فينفسخ بقوة القانون عملا بالمادة ١٥٩ من القانون المدنى ، ولايحق للطاعن الادعاء بأنه مازال مستأجرا للعين إذ أن نعاقدته انتهى بمجرد قيام الجمعية وقبولها الاستئجار ، أو الادعاء بأن جمعية خلفت الجمعية المنحلة فى عقد الإيجار لأن لكل من الجمعيتين شخصية قانونية مستقلة تنشأ بشهر نظامها وتنقضى بحلها فيحظر على أعضائها كما يحظر القائمين على إدارتها وعلى موظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها. عملا بالفقرة الأولى من المادة ٥٨ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة " .

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ قى جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

٦٢- تصفية الجمعية :

إذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا إجباريا ، فإنها تدخل دور التصفية .

ويعين المصفى الجهة التى قامت بحل الجمعية ، فإذا كان الحل اختياريا أى صادرا من الجمعية العمومية غير العادية للجمعية، وجب أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف وأكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى (م ٤١).

وإذا كان الحل إجباريا أى بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية لسماع

أقوالها فى الأحوال التى ذكرناها سلفا يتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما وزير الشؤون الاجتماعية (م ٤٢) .

وإذا انقضت المدة المحددة للتصفية فى الحل الاختيارى والحل الإجبارى دون تمامها جاز مدها لمدة واحدة أخرى بقرار من الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية وإلا تولت الجهة الإدارية إتمام التصفية (م ٤٣) .

ويجب على القائمين على إدارة الجمعية المنحلة وموظفيها المبادرة بتسليم أموال الجمعية وجميع المستندات والسجلات والأوراق الخاصة بها إلى المصفى بمجرد طلبها ، ويمتنع عليهم كما يمتنع على الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئونها أو أموالها أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م ٤٤) .

ويقوم المصفى بعد تمام التصفية بتوزيع ناتجها وفقا للأحكام المقررة فى النظام الأساسى للجمعية . فإذا لم يوجد نص فى هذا النظام أو استحال تطبيق ما ورد به آل ناتج التصفية إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية المنصوص عليه فى الباب الرابع من القانون (م ٤٥) .

وينبغي - قياسا على المقرر فى شأن الشركات - الإبقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لإتمامها فحسب واعتبار المصطفى ممثلا لها فى هذه الحدود^(١).
وقد نصت المادة ٢/٧٥ على أنه يدخل فى موارد صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية ما يؤول إليه من أموال الجمعيات والمؤسسات الأهلية التى يتم حلها .

٦٣- المحكمة المختصة بنظر منازعات التصفية :

تختص المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مقر الجمعية دون غيرها بالفصل فى الدعاوى التى ترفع من المصطفى أو عليه (م ٤٦).
وهذا الاختصاص نوعى يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها .

٦٤- الجمعيات ذات النفع العام :

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح العام والنفع العام، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض، وبالتمكن لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة وإعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام، وإعطاء السلطة الإدارية - مقابل ذلك- قسما

(١) الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥٢٣- حسن كيره ص ٦٨٨.

من الإشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية .

وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما في القانون المصرى باسم الجمعيات ذات النفع العام .

وواضح أن إخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة. وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية^(١).

ولذلك ينص القانون فى المادة ٤٩ على أن : " كل جمعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عند تأسيسها أو بعد تأسيسها يجوز إضافة صفة النفع العام عليها بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك بناء على طلب الجمعية أو بناء على طلب الجهة الإدارية أو الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية وموافقة الجمعية فى الحالين .

ويكون إلغاء صفة النفع العام بقرار من رئيس الجمهورية ، ويجوز اندماج الجمعيات ذات النفع العام فى بعضها بموافقة الجهة الإدارية، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، على أنه لا يكون الاندماج بين جمعيات النفع العام وغيرها من الجمعيات التى لم تضاف عليها صفة النفع إلا بقرار من رئيس الجمهورية " .

(١) حسن كبره ص ٦٨٩ .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها
من الجمعيات ذات الصفة العامة - تظل- رغم تمتعها ببعض
امتيازات السلطة العامة- من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ،
فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة
خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

ومن أمثلة الجمعيات التى صدر قرار جمهورى باعتبارها ذات
صفة عامة :

- ١- جمعيات الوحدات الصحراوية بجمهورية مصر العربية .
 - ٢- جمعيات التأهيل الاجتماعى لرعاية المعوقين بجمهورية
مصر العربية . .
 - ٣- جمعيات الأسرة المنتجة بالمحافظات .
 - ٤- نادى سيدات القاهرة .
 - ٥- الجمعية الخيرية لرعاية مرضى الجذام وأسرهم .
 - ٦- جمعية رعاية للمسجونين وأسرهم (القرار الجمهورى رقم
٧٥٠ لسنة ١٩٦٨) .
 - ٧- جمعية تدعيم الأسرة (بمحافظة القاهرة) .
 - ٨- جمعية المروءة (بمحافظة القاهرة) .
 - وجمعية الرابطة الأخوية للصم والبكم (بمحافظة القاهرة) .
 - ٩- جمعية رعاية الطفولة والنهوض بالأسرة بالمنصورة .
- (القرار الجمهورى رقم ١١٦٥ لسنة ١٩٦٩) .

١٠- جمعية الهلال الأحمر بجمهورية مصر العربية (القرار الجمهورى رقم ١٩٢٥ لسنة ١٩٦٩) .

وسحب الصفة العامة من الجمعية لايقتها شخصيتها الاعتبارية، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة وإعادة إخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

٦٥- امتيازات الجمعيات ذات النفع العام :

تتمتع الجمعيات ذات النفع العام - بالنظر إلى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - ببعض الامتيازات وهذه الامتيازات تحدد بقرار من رئيس الجمهورية (م ٥٠) ^(١) .

وعلى وجه الخصوص تتمتع هذه الجمعيات بالميزات الآتية :

- ١- عدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها .
- ٢- عدم جواز اكتساب أموالها بالتقادم .
- ٣- إمكانية نزع الملكية للمنفعة العامة لصالحها تحقيقا للأغراض التى تقوم عليها (م ٥٠) .

٤- يجوز لوزير الشؤون الاجتماعية أن يعهد إلى إحدى هذه الجمعيات بإدارة مؤسسة تابعة للوزارة أو لغيرها من الوزارات أو الوحدات المحلية بناء على طلبها أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها، وفى هذه الحالة تعتبر أموال الجمعية أموالا عامة (م ٥١) .

(١) وقد فوض رئيس الجمهورية وزير الشؤون الاجتماعية بتحديد هذه الامتيازات بالنسبة لبعض الجمعيات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "النص فى المادة ١/٦٣ من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أنه "تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك ... " وفى المادة ٦٤ منه على أنه "يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية، مؤداه أن المشرع رغبة فى قيام الجمعيات والمؤسسات الخاصة بدور أساسى فى ميدان تنمية المجتمع والرعاية الاجتماعية ناط برئيس الجمهورية إضفاء الصفة العامة على "جمعيات والمؤسسات الخاصة التى لها دور بارز فى هذا المجال بقرار منه، وأن يحدد ما يكون لهذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة ومنها عدم جواز الحجز على أموالها إلى غير ذلك مما تتميز به السلطة العامة فى أموالها " .

٢- "إصدار رئيس الجمهورية بتاريخ ١٣/٨/١٩٧٤ قراره رقم ١٢٦٣ لسنة ١٩٧٤ باعتبار بعض الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات صفة عامة . ونص فى مادته الأولى على أن "تعتبر

الجمعيات والمؤسسات الخاصة الآتية ذات صفة عامة : ١-
٢- ٣- ٤- جمعيات تنمية المجتمع المحلى بالقطاع
الريفى والحضرى والصحراوى بجمهورية مصر العربية " ونصت
مادته الثانية على أن " يفوض وزير للشئون الاجتماعية فى تحديد
ما تتمتع به الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار إليها فى المادة
السابقة من اختصاصات السلطة العامة .. " وسرى العمل بهذا القرار
بقانون من تاريخ نشره فى ١٩٧٤/٨/٢٢ ونفاذاله أصدرت وزيرة
الشئون الاجتماعية قرارها رقم ٥٥٨ لسنة ١٩٧٤ فى ١٩٧٤/١٢/١١
- الذى نشر بالوقائع المصرية بتاريخ ١٩٧٥/٣/٦ - ونص فى
مادته الأولى على أن تتمتع الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات
الصفة العامة الواردة بقرار رئيس الجمهورية سالف الإشارة
بخصائص السلطة العامة ومنها عدم جواز الحجز على أموالها ،
كما نصت مادته الثانية على العمل به من تاريخ صدوره ، وكان
البين من الأوراق أن الجمعية المطعون عليها الأولى- جمعية تنمية
المجتمع المحلى ببندر قنا المنشأة طبقا للقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ...
هى من الجمعيات التى أسبغت عليها الصفة العامة والتى تتمتع
ببعض خصائص تلك الصفة ومنها عدم جواز للحجز على أموالها
فى إطلاق ودون تعييدها بثمة قيد من الشارع سواء بالنسبة
لمديونيتها للغير أو لأحد أعضائها ومن ثم لايجوز الحجز على

أموالها تحت يدها أو تحت يد الغير بأى صورة من صور الحجز التحفظية أو التنفيذية لما كان ذلك فإن الحجز الذى أوقعه الطاعنون على أموالها تحت يد المطعون عليه الثانى فى ١٩٨٩/٤/٦ يكون قد وقع بالمخالفة للقانون على ما سلف بيانه ومن ثم لا يرتب أثرا ، وإذ السترم الحكم المطعون فيه هذا النظر الصحيح وقضى بإلغائه واعتباره كأن لم يكن فإنه لا يكون قد أخطأ فى القانون " .

(طعن رقم ٢١٠٥ لسنة ٦١ قى جلسة ١٩٩٦/٤/٧)

٦٦- الرقابة الإدارية على الجمعية :

نظرا لما تتمتع به الجمعيات ذات النفع العام من امتيازات ، فقد خول القانون لجهات الإدارة إزاء هذه الجمعيات ، سلطات أكبر وأوسع من تلك التى لها إزاء الجمعيات الخاصة الأخرى .

وتطبيقا لذلك نصت المادة (٥٢) من القانون على أن :

" تخضع الجمعيات ذات النفع العام لرقابة الجهة الإدارية وتتناول الرقابة فحص أعمال الجمعية بما فى ذلك تلك المتعلقة بالمشروع المسند إليها والتحقق من مطابقتها للقوانين واللوائح والنظام الأساسى للجمعية .

ويتولى هذه الرقابة مفتتون يعينهم وزير الشؤون الاجتماعية".

كما تنص المادة ٥٣ على أنه : " إذا تبين للجهة الإدارية وقوع أخطاء جسيمة تؤثر على تحقيق الجمعية ذات النفع العام لأغراضها

أو ممارستها لأنشطتها أو تنفيذها لما عهد إليها به من برامج أو مشروعات ، كان لوزير الشؤون الاجتماعية اتخاذ أحد الإجراءات الآتية :

(أ) وقف نشاط المشروع المسند إلى الجمعية مؤقتا إلى حين إزالة المخالفات .

(ب) سحب المشروع المسند إلى الجمعية .

(ج) عزل مجلس إدارة الجمعية وتعيين مفوض إلى حين دعوة الجمعية العمومية خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ تعيينه لانتخاب مجلس إدارة جديد ، وذلك بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية .

فإذا لم تدع الجمعية للاجتماع خلال الميعاد المشار إليه اعتبرت مدعوة إليه بحكم القانون يوم الجمعة التالى لفوات هذا الميعاد، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أوضاع هذا الاجتماع.

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشؤون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، دون التقيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

وتنتهى مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد .

ويلاحظ أن هذه الجمعيات تخضع فيما لم يرد بشأنه نص فى
الفصل الخامس من القانون للأحكام المقررة فى شأن الجمعيات
(م٤٨) .

٦٧- المؤسسات الأهلية :

تنص المادة ٥٦ من القانون على أن : " تنشأ المؤسسة الأهلية
بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح
المادى ، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (١١) من هذا
القانون". ويبين من هذا التعريف أن المؤسسة الأهلية شخص
اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة معينة أو غير معينة لتحقيق
غرض غير للربح المادى أى لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو
علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل من أعمال البر أو الرعاية
الاجتماعية أو النفع العام .

ويتضح من ذلك أن قيام المؤسسة الأهلية يستلزم أمرين :
الأمر الأول : هو وجود مجموعة من الأموال فالمؤسسة تختلف
عن الجمعية وعن الشركة ، إذ ليست المؤسسة جماعة من الأشخاص
يشترون معا أو يتعاونون معا لغرض معين ، وإنما هى تقوم على
المال الذى خصصه أحد الأشخاص لتحقيق غرض معين .
والأمر الثانى : هو الغرض التى رصدت هذه الأموال لتحقيقه.
والمؤسسة فى هذا الأمر الثانى تشبه الجمعية وتختلف عن الشركة،

فهى لا تبغى الحصول على ربح مادى . على أن غرض الجمعية وغرض المؤسسة وإن تشابها إلا أن نطاق هذا الغرض يختلف فى الحالين . فعرض الجمعية قد يكون عاما إذا استهدفت البر أو النفع العام ، وقد يكون خاصا مقصورا على أعضائها فقط، إلا أن غرض المؤسسة يجب أن يكون عاما فى جميع الحالات .

فالمؤسسة يجب أن تستهدف تحقيق غرض من أغراض البر أو النفع العام ^(١).

٦٨- إنشاء المؤسسة الأهلية :

يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معا .

ويضع المؤسسون نظاما أساسيا يشمل على الأخص البيانات الآتية :

(أ) اسم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بجمهورية مصر العربية .

(ب) الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه .

(ج) بيان تفصيلى للأموال المخصصة لتحقيق أغراض المؤسسة.

(١) عبد المنعم البدر اوى ص ٢٣٤ - عبد الوود يحيى ص ١٠٣ وما بعدها.

(د) تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير .

كما يجوز إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهرة يعد أيهما فى حكم النظام الأساسى للمؤسسة بشرط اشتماله على البيانات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة .

ويرفق باللائحة التنفيذية للقانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية اتباعه (م٥٨) .

وقد أرفق هذا النموذج باللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير التأمينات والشئون الاجتماعية رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٢ .

ومتى كان إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر وذلك إلى أن يتم قيدها (م٥٨) .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة الأهلية اعتباراً من اليوم التالى لقيد نظامها الأساسى أو لقيد ما فى حكمه .

ويتم القيد بالجهة الإدارية بناء على طلب منشئ المؤسسة أو رئيس مجلس الأمناء أو الشخص المعين لتنفيذ الوصية (م٥٩) .

٦٩- إدارة المؤسسة الأهلية :

يكون لكل مؤسسة أهلية مجلس أمناء يتكون من ثلاثة على الأقل يعينهم المؤسس أو المؤسسون ، ويجوز أن يكون منهم أو من غيرهم الرئيس والأعضاء .

وتخطر الجهة الإدارية والاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بالتعيين وبكل تعديل يطرأ على مجلس الأمناء .

وفى حالة عدم تعيين مجلس الأمناء أو خلو مكان أو أكثر بالمجلس وتعدّر تعيين بدلا منه أو منهم بالطريقة المبينة بالنظام الأساسى تتولى الجهة الإدارية التعيين ويخطر الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بذلك (م ٦٠) .

ويتولى إدارة المؤسسة الأهلية مجلس الأمناء وفقا لنظامها الأساسى ، ويمثلها رئيس المجلس أمام القضاء وقبل الغير (م ٦١) .

٧٠- انتهاء شخصية المؤسسة الأهلية :

تنتهى شخصية المؤسسة الأهلية بالحل . ولكن لايتصور هنا انتهاءها بالحل الاختيارى لأنها ليست جماعة من الأشخاص وإنما مجموعة من الأموال ولذلك فإنهاؤها لا يكون إلا بالحل الإجبارى بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة المؤسسة لسماع لقوالها ، إذا توافرت دلائل جديّة على ممارسة المؤسسة نشاطا من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من القانون .

(راجع بند ٧٠) .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل
حدهما. ولوزير الشؤون الاجتماعية أن يكتفى فى أى من الحالات
لمشار إليها بإصدار قرار بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب
لمخالفة أو بعزل مجلس الأمناء أو بوقف نشاط المؤسسة .

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشؤون
الاجتماعية أمام محكمة للقضاء الإدارى وفق الإجراءات والمواعيد
المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من القانون . وعلى
المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون
مصرفات .

ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أعضاء مجلس
أمناء المؤسسة أو أى من مؤسسيها .

وتؤول الأموال الناتجة عن تصفية المؤسسة إلى صندوق إعانة
الجمعيات والمؤسسات الأهلية (م٦٣) .

٧١- ثالثاً : كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون :

بعد أن بين المشرع فى المادة (٥٢) جميع أنواع الأشخاص
الاعتبارية المعروفة وقت صدور التقنين المدنى الجديد ، وذلك على
سبيل الحصر. أبان فى الفقرة السادسة أنه يجوز للمشرع أن يخلع

الشخصية الاعتبارية على أى نوع آخر من مجموعات الأشخاص أو الأموال التى تظهر فى المستقبل إذا رأى ضرورة ذلك. ويكون ذلك بمقتضى نص فى قانون^(١).

أى أن المشرع يضيف الشخصية الاعتبارية هنا بطريق الاعتراف الخاص .

(١) سليمان مرهس ص ٥١٣ .

مادة (٥٣)

١- الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك فى الحدود التى قررها القانون .

٢- فىكون له :

(أ) ذمة مالية مستقلة .

(ب) أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقرها القانون .

(ج) حق التقاضى .

(د) موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته والشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية .

٣- ويكون له نائب يعبر عن إرادته .

الشرح

٧٢- أهلية وجوب الشخص الاعتبارى :

يختلف الشخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعى فى مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات من ناحيتين :

الأول : أن الشخص الاعتبارى ليس إنسانا ، لذا لا تثبت له الحقوق اللازمة لصفة الإنسان الطبيعية كحقوق الأسرة والحقوق المتعلقة بكيان الإنسان المادى والأبى مثل حق الحياة وحق السلامة الجسدية ، وما إلى ذلك من حق المحافظة على السمعة والشرف ، كما أن الشخص الاعتبارى لا يتحمل بالالتزامات المرتبطة بالإنسان مثل واجب أداء الخدمة العسكرية .

والثانى : أن الشخص الاعتبارى لم ينشأ إلا لتحقيق غرض معين ، ولذلك فإن أهلية الوجوب بالنسبة له تكون محدودة بحدود هذا الغرض ، وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص^(١).

ولذلك لا توجد فى الأصل أهلية وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ، بل توجد مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة ، ولذلك يقال إن المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية ، ومرجع ذلك إلى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتاً كبيراً وتووعها فيما بينها أنماطاً مختلفة ، بما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند إليها من حقوق والتزامات .

ولذلك نصت المادة (٥٣) على أن يكون للشخص الاعتبارى "أهلية فى الحدود التى يعنها سند إنشائه ، أو التى يقرها القانون".

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٧٩ ومابعدها - نبيل سعد ص ١٨٦ .

فإنه يحدد أهلية الوجوب للشخص الاعتبارى ما يرد بسند إنشائه أو ما ينص عليه بالقانون ، أو ما يرد بهما معا .
ويتعين لذلك الالتزام بهذا التحديد ومثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٥ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية من أن : " للجمعية الحق فى تملك العقارات بما يمكنها من تحقيق أغراضها مع مراعاة أحكام القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات " .

٧٣- أهلية الأداء للشخص الاعتبارى :

كما تثبت للشخص الاعتبارى أهلية وجوب ، تثبت له أيضا أهلية أداء ، أى الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه .
وتحدد أهليته هذه بالقيود التى يقررها سند إنشائه أو القانون .
وقد رأى بعض الفقهاء أن أهلية الأداء معدومة لدى الشخص الاعتبارى وحجتهم فى ذلك أن هذه الأهلية تنور مع الإدراك وجودا وعدمها ، والإدراك معدوم فى الشخص الاعتبارى ، حيث أنه لا عقل له . وهذا القول محل نظريه هو يقوم على تقريب الشخص الاعتبارى من الإنسان أكثر مما يجب . فالأهلية لا تنور مع الإدراك وجودا وعدمها إلا بالنسبة إلى الإنسان . لأنه هو وحده الذى يتفاوت عنده الإدراك بين العدم والكمال .

أما الشخص الاعتبارى، فتثبت له الأهلية حكما كلما منحه القانون سلطة مباشرة التصرفات التى تخصه . وهذا فعلا ما يقرره القانون

المدنى فى المادة ٥٣ حيث يقضى بأن للشخص الاعتبارى " أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون" (١).

٧٤- اسم الشخص الاعتبارى :

للشخص الاعتبارى اسم يتميز به عن غيره من الأشخاص الاعتباريين . وقد يستمد ذلك الاسم من الغرض الذى من أجله أنشأ الشخص وقد يكون مستمدا من اسم بعض الأشخاص الطبيعيين المكونين له مع وجود ما ينفى الصفة الفردية للنشاط، ونسبته إلى ذلك الشخص المعنوى .

وقد يكتسب اسم الشخص المعنوى قيمة مالية إذا كان يمثل العنوان الذى يمارسون تحته نشاطا تجاريا . وبالتالي فقد يخرج عن نطاق الحقوق للصيقة بالشخصية ويدخل فى دائرة التعامل . ويحمى القانون اسم الشخص الاعتبارى كما يحمى تماما اسم الشخص الطبيعى .

٧٥- الذمة المالية للشخص الاعتبارى :

للشخص الاعتبارى ذمة مالية . وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . وبهذا لا يكون لدائتى هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بديونهم على الشخص الاعتبارى كما أنه ليس لدائتى الشخص الاعتبارى الرجوع على الأموال الخاصة بالأعضاء للتتفيذ

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٠ وما بعدها .

عليها مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن والتوصية يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مبدولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة .

وهذا لايعنى اختلاط ذمة الشخص الاعتبارى مع ذمم الشركاء، وإنما كل ما هنالك أن الشركاء يضعون ذممهم المستقلة لضمان الوفاء بديون الشركة وذلك كضمان إضافى لدائنى الشركة .

ويستتبع استقلال ذمة الشخص الاعتبارى عن ذمة الأشخاص المكونين له أنه يجوز مقاضاته ، كما يجوز له أن يقاضى ، أى أن يرفع الدعاوى عن طريق ممثلين كما ترفع عليه وتتصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة^(١). وذلك دون حاجة إلى مقاضاة كل عضو من أعضائه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " استقلال كل فرع من فروع الشخص الاعتبارى الخاص بميزانية قائمة بذاتها تعرض على مركزه الرئيسى وتخصيصه بمدير وبعدد كاف من الموظفين وبحساب مصرفى وموطن مبين فى سجله التجارى لايمنع أن يعهد بالإشراف عليه ، وعلى بعض الفروع الأخرى إلى مركز إدارة آخر يخضع بدوره للمركز الرئيسى " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩/١١/١٩٦٩)

(١) نبيل سعد ص ١٨٦ - حسن كيرة ص ٦٥٤ ومابعدهما .

٢- "إذ كان الحكم قد استخلص من المستند- المقدم من الطاعنة- أن الشركة العامة لدور السينما اشترت للذمة المالية للشركة الشرقية للسينما بكامل عناصرها من أصول وخصوم دون تحديد أو تقييد بما ورد في قرار التقييم أو قرار الحارس العام الصادر باعتماده وأنه بالتالي تكون الشركة المشتري قد خلفتها خالصة تامة ، ثم اندمجت الشركة الأخيرة في شركة القاهرة للتوزيع السينمائي التي اندمجت في المؤسسة المصرية العامة للسينما وأنه لهذا تكون المؤسسة المذكورة هي صاحبة الصفة في إقامة الدعوى عليها وهو استخلاص سائع يتفق مع صحيح القانون ، وإذ رتب الحكم على ذلك القضاء برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة ، فإن النعى عليه يكون غير سديد " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥)

٧٦- حق التقاضى :

خولت المادة (٥٣/ جـ) للشخص الاعتبارى حق التقاضى فالشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى يثبت له حق التقاضى، فترفع الدعاوى منه أو عليه . وينوب عن الشخص الاعتبارى فى ذلك نائبه كما سنرى .

ويراعى أن تمثيل للشخص الاعتبارى بواسطة نائبه فى التقاضى لاينتج أثره إلا إذا كان فى حدود النشاط المسموح به للشخص

الاعتبارى . ذلك أن ثبوت الشخصية للشخص الاعتبارى يحكمه مبدأ التخصص ولذلك فإن هذا المبدأ من شأنه أن يحكم نشاطه النقابى كذلك . فالجمعيات الخيرية مثلا ليس لها أن تقوم بأعمال سياسية وبالمثل فتخصص شركة أو أى شخص معنى آخر فى القيام بنشاط معين يجعل غيره من الأنشطة محرما عليها بصفة عامة وذلك ما لم يكن تابعا أو مكملا للنشاط الأسمى فالشركة التى تقوم ببناء عمارات للاستثمار ليس لها أن تقوم باستخراج البترول مثلا^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نصت المادة ١/٥٢ من القانون المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية فيكون لها حق التقاضى ويكون لكل منها نائب يعبر عن إرادته (م ٥٣) من القانون المدنى .
(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

(١) المستشار مصطفى هرجه الأشخاص والأموال فى القانون المدنى -
دار محمود للنشر والتوزيع ص ١٩٩ وما بعدها .

٧٧- موطن الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري موطن مستقل ، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

والمقصود بمركز إدارة الشخص الاعتباري ، المركز الرئيسي لنشاطه القانوني والمالي والإداري، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستقلال . فكثيرا ما يوجد الاستغلال في المكان المناسب له بعيدا عن مركز الإدارة الرئيسي . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهميا للإدارة . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير إلا إذا كان تغييرا حقيقيا^(١).

وقد طبقت نفس المبدأ الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من قانون المرافعات إذ تنص على أنه : " في الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التي في دور للتصفية أو المؤسسات الخاصة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أم من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر " .

وإذا كان للشخص الاعتباري لا يباشر نشاطه في مكان واحد ، بأن كانت له فروع تباشر نشاطها في أماكن متعددة ، فيعتبر المكان

(١) حسن كيره ص ٦٥٣ .

الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنًا خاصًا بالأعمال المتعلقة به .

وفى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢ مرافعات على أنه:
"يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع" .
وقد تغيا المشرع من ذلك التيسير على المتعاملين .

أما الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر فإن مركز إدارتها يعتبر بالنسبة إلى القانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية (م ٥٣/د) .

وجاءت المادة ٥/١٣ من قانون المرافعات متفقة مع التقنين المدنى فى هذا الصدد إذ نصت على أن تسلم صورة الإعلان فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فروع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية إلى هذا الفرع أو الوكيل " .

وقد قصد بذلك مجرد التيسير فى إتمام الإعلان والتعجيل بإجرائه ، ولا يقصد به حرمان صاحب الشأن من أصل حقه فى إجراء الإعلان فى مركز الشركة الرئيسى بالخارج .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة ٦/١٤ من قانون المرافعات السابق على أنه
"فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى مصر

تسلم صورة الإعلان إلى هذا الفرع أو الوكيل " . لا يقصد به حرمان صاحب الشأن من أصل حقه في إجراء الإعلان في مركز الشركة الرئيسي في الخارج، وإنما قصد به مجرد التيسير عليه في إتمام الإعلان والتعجيل بإجرائه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى صحة إعلان الاستئناف الموجه إلى مقر الشركة في الخارج لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠)

٧٨- النائب عن الشخص الاعتباري :

تنص المادة ٣/٥٣ على أن " ويكون له " أى الشخص الاعتباري " نائب يعبر عن إرادته " .

ويكون لهذا النائب أن يقوم بأعمال الإدارة وبأعمال التصرف سواء أكانت بمقابل أو بدون مقابل . ويجب أن نميز بالنسبة للتصرفات التي بدون مقابل بين الوصايا والهبات . ففيما يتعلق بالوصايا فإنه لا يجوز للشخص الاعتباري أن يتصرف في أمواله بطريق الوصية إذ الوصية عمل قانوني لا يقوم به إلا الشخص الطبيعي . حقيقة إن الشخص الاعتباري يستطيع في بعض الحالات أن ينص على مصير أمواله بعد انقضاءه ، فقد تنص الجمعية في نظامها الأساسي على مصير أموالها بعد حلها وكذلك يمكن أن تفعل المؤسسة ، إلا أن كل ذلك يجب ألا يعتبر وصية . وفيما يتعلق

بالهبات ينبغي أن نفرق بين الأشخاص الاعتبارية التي يكون من أغراضها الأساسية التبرع وبين الأخرى التي لا يكون ذلك من أهدافها . فالأولى لامراء أن لها أهلية التبرع ، أما الثانية فليس لها أهلية للتبرع بنفس الدرجة من اليقين ، وطريق الضبط في هذا الأمر أن يقال إن لها أهلية التبرع بالأشياء زهيدة القيمة أما ما فوق ذلك فلها أهلية للتبرع به ما لم يقيد من أهليتها في هذا الصدد نص في القانون أو في نظام الجمعية أو في سند إنشاء المؤسسة^(١).

٧٩- المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري :

الشخص الاعتباري ليس له إدراك أو تمييز ، ومع ذلك فهو مباشر نشاطه - كما رأينا سلفا - عن طريق ممثلين من الأشخاص الطبيعيين ، وهؤلاء يتوافر لهم الإدراك والتمييز ، وذلك كالشركة التي يمثلها مديرها أو رئيس مجلس إدارتها .

وعلى ذلك يسأل الشخص المعنوي مسؤولية عقدية وتقصيرية حسب الأحوال عما يرتكبه ممثله من خطأ ، ويكون أساس المسؤولية التقصيرية المادة ١٦٣ مدنى .

كما يسأل الشخص المعنوي مسؤولية مفترضة عملا بالمادة ١٧٨ مدنى ، كما يسأل باعتباره متبوعا عن الضرر الذى يحدثه

(١) عبد الحى حجازى ص ١٧٥ ومابعدها .

تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه في حالة تأدية
وظيفته أو بسببها عملا بالمادة ١٧٤ مدنى (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوقف بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامى هو فى فقه
القانون المدنى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية
القانونية .

والشخص الاعتبارى كما أن له وجودا افتراضه القانون له إرادة
مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع
من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر
خطأ من الشخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المسؤولية على
جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمادة ١٥١ من القانون
المدنى لا يكون مخطئا " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ فى جلسة ١١/٣/١٩٤٨)

٢- " تنص المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه " لايجوز
تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص المابقة إذا كانت هذه
الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر " ومودى ذلك نهى

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى
المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص ٢٨- عبد
المعزم البدرأوى ص ٢١٠- نبيل سعد ص ١٨٧ .

القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع . وإذ كان الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساعلتها مدنيا مما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد القانون الإيرانى وطبق أحكام القانون المصرى لما تبينه من أن القانون الأول لايجز مساعلة الشخص الاعتبارى عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفا للقانون ، ولايقدح فى صحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢١ من القانون المدنى من أن القانون الأجنبى يختص بالفصل فى أهلية المساعلة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبى يمتنع تطبيقه عملا بالمادة ٢٨ مدنى كلما كان حكمه فى شأن المسؤولية أو فى شأن شرط من شروطها مخالفا للنظام العام ."

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)

٣- لما كان الثابت أن المطعون عليه الثالث وقت وقوع الحادث كان تابعا للجمعية الأنفة الذكر (الجمعية التعاونية الزراعية)

فنتكون مسئولة عن الضرر الذى أحدثه تابعها بعمله غير المشروع طالما كان واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها وفقاً للمادة (١٧٤) من القانون المدنى. لما كان ما تقدم وكان يشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ومن ثم فإنه لا يغير من هذا النظر ما نصت به المادة (٥٢) من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٩ من أن تباشر الدولة سلطاتها فى الرقابة على الجمعيات التعاونية الزراعية بواسطة الوزير المختص، لأن ذلك لا يفقد الجمعية السالفة الذكر شخصيتها الاعتبارية ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأيد حكم محكمة أول درجة بصدد ما تضمنه من رفض الدفع المبدى من الطاعن - وزير الزراعة بصفته - بعدم قبول الدعوى لرفعها على ذى صفة بالنسبة له وما ترتب على ذلك من إلزامه بأداء مبلغ التعويض المقضى به ، فإن الحكم المطعون فيه ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٨٥١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩)

٨٠ - المسؤولية الجنائية للشخص الاعتبارى :

لا شك فى أن من يرتكب جريمة من أعضاء الشخص الاعتبارى وعماله يسأل عن فعله شخصياً ولو كان قد ارتكبها لصالح الشخص الاعتبارى .

غير أن معظم الشراح يرون أن الشخص الاعتبارى لا يسأل جنائيا عما يقع من ممثليه أثناء قيامهم بعملهم ، ولو كان ذلك لحسابه . ذلك أن المسؤولية الجنائية تستلزم الإرادة لدى المسئول ، والشخص الاعتبارى لا إرادة له ، وما يقع من الجرائم يرجع إلى إرادة ممثليه والقائمين بالأمر فيه . وخصوصا وأن من العقوبات ما يستحيل توقيعه على الشخص الاعتبارى كالعقوبات المقيدة للحرية .

على أن هناك رأيا حديثا يذهب إلى مساءلة الشخص الاعتبارى جنائيا ، فالشخص الاعتبارى حقيقة وله وجود حقيقى ، وليس مجرد افتراض ، ومادامنا اعتبرنا له شخصية متميزة عن الأشخاص المكونين له ، جاز القول بمسألته شخصيا . وإذا كان من المستحيل تطبيق بعض العقوبات على الشخص الاعتبارى، فإن من العقوبات ما يصح توقيعها عليه كالغرامة . ويمكن فضلا عن ذلك أن ننظم عقوبات خاصة به كالحل أو الحرمان من بعض الحقوق والمزايا .

على أن هذا الخلاف الفقهى لا يمكن أن يؤثر فى القانون الوضعى . فالقاعدة فى القانون الجنائى أن المسؤولية لا تقوم إلا بنص . ولذلك فإنه يجب أن يقتصر فى مساءلة الشخص الاعتبارى على الحالات الخاصة التى ورد فيها نص . وفى غير هذه الحالات

لا تصح مساءلته جنائيا وإنما يسأل عن الجريمة من ارتكبها من عماله وممثليه ، وإنما يجوز أن تمتد الآثار المالية المترتبة على الحكم إلى الشخص الاعتبارى . كالحكم يهدم بناء خارج عن خط التنظيم ، أو إعلان محل ، أو المصادرة (١).

فنائب الشخص الاعتبارى الذى يوفى دين الشخص الاعتبارى بإصدار شيك بدون رصيد يرتكب خطأ بسبب العمل، فيسأل عن شقه الجنائى أما شقه المدنى فيسأل عنه الشخص الاعتبارى. والنائب الذى يهمل حراسة الأثنياء فيتسبب فى إحداث إصابة أو وفاة ، يسأل عن الشق الجنائى دون الشق المدنى (٢).

وبالنسبة للجرائم الاقتصادية فقد اتجه المشرع تدريجيا إلى تقرير هذه المسؤولية تحت ضغط الظروف الاجتماعية والاقتصادية. فقد أقر المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين مسؤولية الشخص المعنوى جنائيا عن الجرائم التموينية وهى التى تدخل فى عداد الجرائم الاقتصادية . فقد نصت المادة (٥٨) منه على أن تكون الشركات والجمعيات والهيئات مسئولة بالتضامن مع المحكوم عليه بقيمة الغرامة والمصاريف .

(١) عبد المنعم البدر اوى ص ٢١١ وما بعدها - حسن كبره ص ٦٦٢ وما بعدها -

نبيل ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ١٠٠ .

ومسئولية الشركات والجمعيات فى هذه الحالة مسئولية جنائية غير مباشرة، وفيها لا تقام الدعوى الجنائية عليها باعتبارها خصما أصليا وإنما باعتبارها خصما تبعا^(١).

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية الجنائية فى قانونى العقوبات والإجراءات - منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٧٥ وما بعدها .

الجمعيات

المواد (٥٤ - ٨٠)

(ألغيت بالقانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦)

الشرح

٨١ - إلغاء المواد (٨٠-٥٤) بالقانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ :

المواد (٥٤ - ٨٠) من التقنين المدنى كانت تنظم الجمعيات والمؤسسات ، وقد ألغيت بالقانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، والذى ألغى وحل محله القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، والذى ألغى بدوره وحل محله القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وقد قضى بعدم دستورية القانون الأخير لسبب شكلى بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية " دستورية " الجريدة الرسمية العدد ٢٤ فى ٢٠٠٠/٦/١٧ ، فأصدر المشرع القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية (الحالى) ، وصدرت لائحته التنفيذية بقرار وزير التأمينات والشئون الاجتماعية رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠٠٢ والمنشور فى ذات التاريخ بالوقائع المصرية العدد ٢٤٤ (تابع) وعمل به اعتبارا من اليوم التالى لنشره (المادة الأولى من مادتى إصدار اللائحة) .

(الفصل الثالث) (تقسيم الأشياء والأموال) مادة (٨١)

١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لايجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية .

الشرح

٨٢ الفرق بين الأشياء والأموال :

قد يكون محل الحق المالى شيئا من الأشياء ، وقد يكون عملا يقوم به المدين . فإذا كان الحق عينيا كان محله بالضرورة شيئا كحق الملكية . وأما إذا كان الحق المالى حقا شخصا ، فإن محله يكون عملا يقوم به للمدين . والعمل الذى يرد عليه الحق الشخصى قد يكون إعطاء شيء، كما فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، إذ يؤول فى النهاية إلى إعطاء شيء - هو المبيع - للمشتري . كما أن العمل فى الصور الأخرى للحق الشخصى يمكن تقويمه بمبلغ من النقود وهى أشياء .

ولذلك يمكن أن يقال أنه إذا كان العمل هو المحل المباشر للحق الشخصي فإن الشيء هو المحل غير المباشر لهذا الحق . ومن ثم يتضح أن الأشياء باعتبارها محلاً للحقوق تزيد أهميتها عن الأعمال . ويخلط البعض أحيانا بين الأشياء والأموال ، والواقع أن المال هو كل حق مالى سواء أكان حقا شخصيا أم كان حقا عينيا ، وأما الشيء فهو محل الحق المالى إذا كان حقا عينيا والذى دعا إلى الخلط بين الشيء والمال هو أن الشيء فى معظم الأحوال يكون مقررا عليه حق مالى فيعتبر مالا بسبب وجود هذا الحق ، ولكننا رأينا أن الحق المالى قد يكون أيضا عملا ، فيعتبر العمل فى هذه الحالة مالا . كما أنه إذا لم يكن الشيء محلا لحق من الحقوق فلا يكون هناك مال وإنما شيء من الأشياء ، كما فى الأشياء المباعة^(١) .

وقد جاء فى " نظرية عامة لمشروع التمهيدى " **للتقنين المدنى ما يأتى :**

" روعى فى هذا الفصل التمييز بين الأشياء والأموال . فالمال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ . أما الشيء سواء أكان ماديا أم غير مادى، فهو

(١) عبد الوود يحيى ص ١١٠ - محمد حسام لطفى ص ٢٤٨ وما بعدها .

محل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين الحالي ومعظم التقنينات الأجنبية من خلط بين الشيء والمال، مما جعل تلك التقنينات تعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء (أنظر المواد من ١ إلى ١٠ من التقنين المدني الأهلئ ومن ١٥ إلى ٢٦ من التقنين المختلط ، ومن ٥١٨ إلى ٥٢٣ من التقنين الفرنسي، ومن ٤٠٦ إلى ٤١٢ من التقنين الإيطالي ومن ٣٣٣ إلى ٣٣٤ من التقنين الأسباني ومن ٥٦٠ إلى ٥٦٣ من التقنين الهولندي ومن ٤٣ إلى ٤٧ من التقنين البرازيلي والمادة الأولى والمواد ٤ ، ٥ ، ٩ من مشروع تعديل التقنين الإيطالي) ، وفي بعض النصوص الأخرى أنه حق (أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحالي، والمادة ٥٢٦ من التقنين الفرنسي ، والمادة ٤١٥ من التقنين الإيطالي ، والمادة ٥٦٤ من التقنين الهولندي) فأدى ذلك إلى إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضا ، في حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة للاستهلاك " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" والمال فى عرف القانون هو كل شىء متقوم بافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية : وهى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا يورث، لاحقاً متصلاً بشخص الشفيع " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٨٢- الأشياء التى تصلح محلاً للحقوق المالية :

ننص الفقرة الأولى من المادة على أن : " كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " .

فالأصل أن كل شىء يصح التعامل فيه يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية . والأشياء التى لا يصح التعامل فيها أو بعبارة أخرى التى تخرج عن دائرة التعامل كما ذكرت الفقرة الثانية من المادة هى : أولاً : الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لا يستطيع أحد يستأثر بحياتها . وهذه الأشياء هى ما تسمى بالأشياء المشتركة التى ينتفع بها كافة كأشعة الشمس والهواء وماء البحر . وسبب عدم قابلية هذه الأشياء للتعامل هو أنه لا يمكن

لاستثنائها بها فى مجموعها فلا يستطيع أن يستحوذ عليها شخص .
لكن إذا استطاع شخص الاستثناء بكمية من هذه الأشياء فإنها
تصبح مملوكة له ملكية فردية وبالتى يصح أن تكون محلا للتعامل ،
كالاستثناء بكمية من الهواء بوضعه فى أنبوبة .

ثانياً : الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون . وهذه
تشمل صورتين :

الصورة الأولى : وهى الخاصة بالأشياء التى يحرم القانون
التعامل فيها باعتبارها مخلة بالنظام العام أو بالآداب العامة . ومثل
ذلك المخدرات والنقود المزيفة والأقلام والكتب والصور الجنسية .
ومع ذلك فليس ثمة ما يمنع المشرع من إجازة التعامل فى هذه
الأشياء على سبيل الاستثناء لتحقيق غرض معين . ومثال ذلك
استخدام المخدرات فى الأغراض الطبية .

الصورة الثانية : الأشياء المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص
الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة ، وهى تسمى
بالأوال العامة . ومثال ذلك الشوارع والميادين والأنهار وشواطئ
البحار والمرافق العامة ، مثل محطات الكهرباء والمياه والغاز^(١) .
(أنظر شرح المادة ٨٧ منى) .

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٤ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ٢٧٨ ومابعدها .

وقد جاء المشروع التمهيدى أنه :

" وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال، فبين أن للشئ غير المال ، وأنه لا يعدو أن يكون محلا للحقوق المالية بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون .

والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى يمكن أن يستفاد بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس إلخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام كالحشيش والأفيون والأشياء التى تدخل ضمن الأموال العامة ، ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل فى هذه الأشياء كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة إلخ ... " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان للحكم قد رد على ادعاء الطاعنة المؤسس على أن عدم تحمل وزارة الأوقاف والتركة بالتضامن بينهما بما صرفته

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٦٠ .

فى تشييد المسجد نفاذا لوصية المورث ، من شأنه أن يترتب عليه
إشراء كل منهما على حسابها ، فرفض الحكم دعاواها بالنسبة إلى
وزارة الأوقاف ، استنادا إلى أن بناء المسجد لم يكن من مال
الطاعنة ، بل كان مما حصلته من ريع أعيان التركة وأن الاثراء
لاوجود له ، إذ لايمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف، إذ
هو بناء خارج عن دائرة التعامل ، ففى هذا الذى أورده الحكم
خاصا بوزارة الأوقاف ما يصلح ردا بالنسبة للتركة، ومن ثم يكون
النعى عليه بالبطلان لقصوره فى هذا الخصوص لامبرر له " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/١٦)

٢- " قصد المشرع بما تقضى به المادة ٨١ من القانون المدنى
من أن الأموال العامة تخرج عن التعامل بحكم القانون، عدم جواز
التصرف فى هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، وهو
ما نص عليه فى المادة ٢/٨٧ من القانون المدنى ، وهذا أمر لاشأن
له بتقدير قيمة الدعوى " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

مادة (٨٢)

- ١- كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .
- ٢- ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

الشرح

٨٤- تعريف العقار :

العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف .

غير أنه يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله .

فالقانون إذن يعرف نوعين من العقارات هما :

١- العقار بطبيعته .

٢- العقار بالتخصيص .

ونعرض لهذه النوعين فيما يلي .

٨٥ - النوع الأول من العقار :

العقار بطبيعته :

وردت عبارات الفقرة الأولى من المادة ٨٢ واضحة عند ما عرفت العقار بطبيعته ، فقد أتت بتعريف لا يحتاج إلى شرح أو إيضاح . فالعقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف . وذلك ينطبق أساسا على الأرض وما فى جوفها من معادن وأحجار . كما ينطبق على كل ما يلتصق بالأرض من نبات أو بناء . والالتصاق بالأرض شرط أساسى لاعتبار النباتات والمباني من قبيل العقارات ، فلا يعتبر كل الأبنية عقارات بطبيعتها ، بل يجب لذلك أن يكون الالتصاق بالأرض كاملا بحيث لا يمكن فصلها بدون أن يعثر بها خلل أو تلف .

وبناء عليه لا تعتبر من العقارات الخيام المضروبة فى الأرض لأنه يمكن نقلها بدون أن يعثر بها خلل أو تلف .

ولكن تعتبر من العقارات الأشجار والنباتات الضاربة بجذورها فى الأرض بحيث لا يمكن نقلها إلا بعد قلعها أو إتلافها .

وتعتبر المباني والمفروشات عقارات بطبيعتها بمجرد توافر شرط التصاقها بالأرض ، بصرف النظر عن الشخص الذى أحدث هذا الالتصاق . فإذا قام شخص بالبناء أو الغراس على أرض مملوكة لغيره، فإنه يحق للمالك - بقيود معينة - أن يأمره بهدم

البناء أو قلع الغراس (م ٩٢٤) ، إلا أن ذلك لا يمنع اعتبار البناء أو الغراس عقارات بطبيعتها حتى يحصل هدمها أو خلعها .
وكل ما يكمل البناء ويندمج فيه كالشرفات والمزاريب وموانع الصواعق والمصعد الكهربائي وأنابيب المياه وأسلاك الكهرباء الخ ، كل هذه الأشياء تأخذ حكم البناء وتعتبر بالتالى عقارات بطبيعتها .

ويدخل فى معنى العقار جميع المنشآت الثابتة من كبارى وسدود وطرق أيا كانت مواد البناء ، ودون نظر إلى الغرض المخصصة له أو المدة المقررة لوجودها . فالمنشآت المؤقتة لإقامة المعارض أو الاستعراضات تعتبر عقارات مادامت مثبتة بالأرض ، ولكن إذا تعلق الأمر بمسكن متحرك على عجل مثل عربات النوم التى تقطر سيارات الركوب (وهو طراز من المساكن يستخدم كثيرا فى أوربا للإقامة بالمحميات) فهى لاتعتبر عقارا (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" قسمت المادة ١١٢ الأشياء التى يصح أن تكون محلا لحقوق مالية إلى أشياء ثابتة (أو عقارات) وأشياء منقولة (قارن المادة ٣٧٣ من التقنين البرتغالى) ولم تتعرض لتقسيم الأموال من هذه الناحية ، فحذفت العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحالى

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٦ .

التي نصت على الحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية إذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالا لا أشياء . وقد نص عليها المشروع فى المادة التالية .

وعرف النص العنصر بأنه كل شئ له مستقر ثابت ، بحيث لا يمكن نقله دون تلف . وينطبق ذلك على كل شئ حائز لصفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانع . ولما كان الحكم واحدا فى كلتا الحالين ، فقد روى حذف العبارة التى تقول فى المادة ١٦/٢ من التقنين الحالى " سواء كان ذلك من أصل خلقها أو بصنع صانع " .

ولا يعتبر الشئ ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف . فالأشياء التى يمكن حلها وإقامتها فى مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التى لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة (أنظر المادة ٤ من المشروع الإيطالى) وقارن عكس ذلك (المادة ٩٥ من التقنين الألمانى والمادة ٢٣٤٩ من التقنين الأرجنتينى) (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن مالك الأرض قد أجرها للمستأجر ليقم عليها منزلا وأقام المستأجر المنزل وظل قائما إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٦٦ .

أن بيع وربطت عليه عوائد مبان وبلدية وخفر وأدخلت فيه المياه والنور ، فهذا المنزل هو مال ثابت ينطبق عليه تعريف المادة الثانية من القانون المدني . ولا يؤثر في ذلك أن مالك الأرض اشترط في عقد الإيجار أن يكون له حق الفسخ واسترداد الأرض بما عليها من مبان في أى وقت على أن يدفع قيمة المبانى التى اتفق على إقامتها بحسب تقدير أهل الخبرة وذلك لأنه لا يشترط لاعتبار البناء عقارا أن تكون إقامته مؤبدة بل يكفى أن تكون مؤقتة لأنه فى الحالتين لا يمكن فصله عن الأرض بدون أن يتلف . وعلى ذلك فإذا قضت المحكمة بأن هذا البناء يعتبر أنقاضا وأن بيعه يعتبر بيع منقول ناقلًا للملكية بمجرد العقد طبقا للمادة ٢٦٧ مدنى ثم أبطلت فى حق المشتري بيعا ثابتا مسجلا صدر من البائع بعد ثبوت تاريخ البيع الأول ، فهذا الحكم يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .
(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٥ قى جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٨٦ - النوع الثانى من العقار :

العقار بالتخصيص :

العقار بالتخصيص ليس عقارا بطبيعته، وإنما هو منقول بطبيعته، ولكن ماله له الحق بعقار له بأن خصصه لخدمة العقار واستغلاله، فأصبح تابعا لهذا العقار ، فاعتبره الشرع عقارا . (بالتخصيص) فهو بذلك عقار حكما لا حقيقة (١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٠ .

وسبب إضفاء وصف العقار عليه هو رغبة الشارع فى إعطائه نفس الحماية التى يتمتع بها العقار فى حالة التنفيذ والبيع لسداد ديون الغير. فمثل هذا التنفيذ يمر بإجراءات أكثر تعقيدا من تلك المتعلقة بالمنقول ، كنوع من الضمان للثروة العقارية ، وهى الثروة الأصلية والأساسية فى المجتمع (وعلى الأقل من وجهة النظر التقليدية) ^(١).

ومن أمثلة المنقولات التى تصبح عقارا بالتخصيص المواشى والآلات والأدوات اللازمة لخدمة الأرض ، والآلات والأدوات اللازمة لتشغيل المصنع ، والأثاث اللازم لتشغيل الفندق ، والمكاتب والآلات الكاتبة اللازمة لتشغيل مكتب ما ، والأرفف والفاترينات اللازمة لعرض البضائع ... الخ .

ولكن لا يعتبر عقارا بالتخصيص ذلك الشيء الذى يدخل فى تكوين العقار أو يثبت فيه . ومثال ذلك آلات تكييف الهواء المثبتة بالحائط والأبواب والنوافذ والطوب الذى استخدم فى البناء والآلات المثبتة فى الأرض .

ولا يعتبر كذلك عقارا بالتخصيص تلك المنقولات التى توضع فى العقار لخدمة صاحب العقار أو أسرته ، فمثل هذه المنقولات ليست مخصصة لخدمة العقار ، ومن ثم تحتفظ بصفاتها كمنقول . ومن ذلك الجياد التى يرببها الشخص لمزاجه الخاص والمواشى

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٦ .

التي يرببها ليحصل على لبنها أو ليتجر فيها والأثاث الذي يضعه الشخص لاستعمال الشخصى (١).

ويبين مما تقدم أنه يشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أن تتوافر الشروط الآتية :

١- أن يكون الشيء منقولا بطبيعته : ومن ثم لايجوز أن يعتبر عقارا بالتخصيص ما يعتبر عقارا بطبيعته . وعلى ذلك فالمرايا المثبتة فى الحائط تعتبر جزءا منه ، والآلة المتصلة بالأرض اتصالا وثيقا لاتتفصل عنه دون تلف . تعتبر كل منهما عقارا بطبيعته ومن لايجوز اعتباره عقارا بالتخصيص .

٢- أن يكون العقار الذى رصد المنقول على خدمته أو استغلاله عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يعتبر المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص بسبب رصده على خدمة أو استغلال عقار بالتخصيص . ومن ثم فالأدوات المخصصة لاستعمال وابور الطحين مثلا لايجوز اعتبارها عقارات بالتخصيص إذا اعتبر هذا الوابور عقارا بالتخصيص . وكذلك المرايا المثبتة بالحائط والأبواب والنوافذ والطوب الذى استخدم فى البناء والآلات المثبتة فى الأرض . مثل هذه الأشياء تعتبر عقارات بطبيعتها وليست عقارات بالتخصيص .

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٧ .

٣- أن توجد علاقة تخصيص بين منقول بطبيعته وعقار بطبيعته. فالمنقول الذى يعتبر عقارا بالتخصيص هو الذى يكون قد ألحق فعلا بالعقار لخدمته أو استغلاله ، بحيث تتضح علاقة التخصيص بينهما ، وذلك بأن يضع المالك المنقول فى العقار .

وإذا كانت علاقة التخصيص تبدو واضحة فى تخصيص منقول لخدمة أرض زراعية ، فإنها لا تكون ظاهرة إذا ما خصص المنقول لخدمة بناء . ولذلك يشترط لاعتبار المنقول مخصصا لخدمة بناء أن يكون هذا البناء قد أقيم للغرض المستخدم له أو أعد لهذا الغرض إعدادا خاصا . فالآلات التى يضعها العامل فى مسكنه لاستعمالها فى صناعات بسيطة لاتعتبر عقارات بالتخصيص، لأن محل السكن ليس مصنعا . والمفروشات التى توضع فى غرف للإيجار لاتعتبر عقارات بالتخصيص إلا إذا كان البناء الذى توجد به هذه الغرف قد أنشئ لكى يكون فندقا .

كذلك العقار الملحق به المنقول يتعين أن يكون عقارا بالطبيعة لا عقارا بالتخصيص .

ويكتفى أن يكون للتخصيص فى حدود القدر الذى تتم به خدمة العقار أو استغلاله دون النزول إلى حد الضرورة ولا الارتفاع إلى حد المبالغة . ومن ثم يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص ولو لم يكن ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله متى كان فى إلحاقه بالعقار فائدة

محقة . وينظر إلى ذلك من خلال العرف السارى . فإذا كان العرف يجعل لكل مائة فدان خمسة أزواج من البقر وخمسة أزواج من المحارث فلا يعتبر عقارا بالتخصيص ما يزيد على هذا العدد . ولا يشترط فى التخصيص أن يكون على سبيل الدوام ، فيكفى أن يكون مؤقتا .

ومن ثم فالملك أن يزيل عن العقار بالتخصيص صفة العقار فيعود منقولا ، كما لو تصرف فى العقار بطبيعته واحتفظ بملكية الشيء الذى كان مخصصا لخدمة ذلك العقار أو استغلاله . أو كما لو تصرف فى ذلك الأخير دون الأول فضلا عن أن التصرف فى أحدهما دون الآخر يؤدي إلى اختلاف الملك فى كل منهما . واتحاد الملك فيهما شرط لصيرورة المنقول عقارا بالتخصيص كما سنرى .

٤- أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد . فأدوات الزراعة المملوكة للمستأجر لاتعتبر عقارات بالتخصيص . وملك الأرض إذا استعمل أدوات زراعية غير مملوكة له فلا تعتبر هذه الأدوات عقارات بالتخصيص .

والحكمة من هذا الشرط أن إلحاق المنقول بالعقار فى التنفيذ على العقار أو فى التصرف فيه لا يتحقق إلا إذا كان ملك العقار هو مالك المنقول (١) .

(١) عبد المنعم فرج الصده ص ١٠٥ وما بعدها- عبد الحى حجازى ص ١٩٨ وما بعدها

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"يشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكهما واحدا .
وإذن فمتى كان أحد الشركاء على الشبوع فى أرض يمتلك مأكينة ملكية خاصة وأقامها على هذه الأرض بماله واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص فإنها لاتعتبر عقارا بالتخصيص " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٠)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التى يضعها المالك فى عقار يملكه ، رسدا على خدمة العقار أو استغلاله فاعتبرها أموالا عقارية وهى المعروفة فى الفقه بأنها العقارات بالتخصيص وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة وللمصانع (المادة ١٨/٤) ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ويخصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبته ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ ولايشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله . بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقضى ذلك .

أما إذا وضع المنقول لخدمة شخص ماله لا لخدمة العقار ، فإن ذلك لا يجعله عقارا بالتخصيص . ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفي ألا يكون عارضا . ومتى انقطع التخصيص زالت من المنقول صفة العقار .

ولم ير المشروع أن يجعل أثر إلحاق صفة العقار بالتخصيص قاصرا على عدم جواز الحجز على المنقول الذى تلحق به هذه الصفة حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقا " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تعتبر المنقولات التى رسدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالا تجاريا بمعرفته عقارا بالتخصيص ، وفقاً لنص المادة ١٨ من القانون المدنى المختلط وليس بلازم لاعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار على وجه القرار " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

٢- " جرى نص المادة ٨٢ من القانون المدنى بأن " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ، ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله فالمنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٦٧ .

رصدًا على العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص ، ويشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالهما واحدا * .

(طعن رقم ١٥٨٢ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٣/٣/٢)

٨٧ - حكم العقار بالتخصيص :

يترتب على اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أنه لايجوز الحجز على المنقول مستقلا عن العقار الذى ألحق به . ومعنى ذلك أنه لايجوز الحجز على هذا المنقول منفردا ، وأن التنفيذ على العقار يشملته حتى ولو لم يذكر ذلك فى تنبيه نزع الملكية .

والوصية بالعقار تشمل العقار بالتخصيص . وكذلك يشمل رهن العقار ، العقار بالتخصيص . وعلى هذا نصت المادة ١٠٣٦ مدنى بقولها أن الرهن يشمل " ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص العقار بالتخصيص " ، وإن كانت القاعدة العامة فى التخصيص تغنى عن هذا النص . وفى حالة القسمة يكون العقار بالتخصيص من نصيب من حصل على العقار ، حتى ولو كانت القسمة بسبب وفاة المالك ، لأن التخصيص لايزول بالوفاة .

والعقار بالتخصيص يشملته بيع العقار ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تعتبر العقارات بالتخصيص داخلة ضمن الملحقات وتباع مع العقار المرهون ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه - وإن فمتى كان الطاعن بوصفه مدعيا هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه ، فإنه كان لزاما عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع في سبيل إثبات دعواه ، وإذ هو لم يفعل ، فإنه لايقبل منه النعى عليها بالخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٤/١/١٩٥٤)

ويلاحظ أن تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله لا يفقد بائع هذا المنقول حقه في الامتياز من أجل الوفاء .

ولكن لا يحتج بهذا الامتياز على الدائن المرتهن رهنا رسميا لأن رهنه يشمل العقار بالتخصيص بحكم القانون (م ١٠٣٦ مدني) ، سواء نشأ الرهن قبل البيع أو بعده .

أما الدائن المرتهن رهن حيازة ، فلكي لا يحتج عليه بامتياز البائع يجب أن يكون حسن النية ، يجهل قيام الامتياز .

٨٨ - زوال صفة العقار بالتخصيص :

تُزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص ، إذا زال هذا التخصيص . وكما أن المالك هو الذي يقوم بالتخصيص ، فهو

أيضاً الذى يزيله ، ويكون ذلك بعمل ظاهر يدل عليه ، بأن يرفع المالك المنقول من العقار ، فإزالة التخصيص كالتخصيص، كلاهما يكون باتجاه إرادة المالك إلى القيام به ، مع اقتران هذه الإرادة بعمل ظاهر يفصح عنها ^(١).

٨٩- المنقول :

ينقسم المنقول إلى نوعين : المنقول بالطبيعة والمنقول بحسب المال . ونعرض لهذه النوعين بالتفصيل فيما يلى .

٩٠- أولاً : المنقول بالطبيعة :

لم يعرف المشرع المصرى المنقول بطريقة مباشرة وإنما عرضاً عن طريق الاستبعاد . فبعد أن عرف العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أوضح أن المنقول هو كل ما عدا ذلك من شيء .

وقد هدف من هذه الطريقة تفادى ما يترتب على التعريف المباشر للعقار والمنقول من قصور فى التعريفين عن شمول جميع الأشياء. فالمنقول هو الشيء الذى ليس له حيز ثابت مستقر والشيء الذى له حيز ولكن يمكن أن ينقل من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف والغير مخصص لخدمة عقار أو استغلاله .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٢ ومابعدها - نبيل سعد ص ٢٠٧ ومابعدها.

فيعتبر منقولا الأشياء المادية التي يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر دون أن يعثر عليها تلف . ولاعبرة لما إذا كانت قابلة للانتقال بنفسها مثل الحيوانات أو يفعل الغير مثل الجمادات .

ويعتبر منقولا كذلك الأشياء المعنوية التي ليس لها من وجود مادي ، وبالتالي لايتصور وجود حيز ثابت ومستقر لها . والمثل البارز للأشياء المعنوية هو حقوق الملكية الفكرية كحق المؤلف أو المخترع . ويعتبر كذلك مالا منقولا جميع الحقوق الشخصية ، سواء أكان محلها القيام بعمل ، أم كان محلها إعطاء شيء حتى لو كان هذا الشيء عقارا ، كحق مشترى العقار قبل البائع قبل تسجيل عقد البيع .

والنظم العلمى الحديث يسير الآن من المادة إلى الطاقة ، ولهذا يعتبر من المنقولات التيار الكهربائى والغاز والطاقة الذرية^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد اكتفى المشروع كالنقنين الحالى بتعريف الشيء الثابت ، واعتبار كل ما عداه منقولا ، وقد كان فى وسعه أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفا مباشرا كما فعل النقنين الفرنسى فى المواد ٥٢٧ ومابعدها وغيره من التقنينات (للنقنين الإيطالى فى المواد ٤١٦ ومابعدها والنقنين الهولاندى فى المواد ٥٦٥ وما قبلها

(١) حسام الأهواى ص ٣٥٤ - عبد الوود يحيى ص ١١٧ .

والتقنين الأرجنتيني في المواد ٢٣٥٢ ومابعدا ، والتقنين البرازيلي في المواد ٤٣ ومابعدا و ٤٧) ولكنه خشي أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء ، فاكتفى بتعريف العقار وترك تعريف المنقول يستنبط من طريق الاستبعاد (قارن المادة ٣٣٥ من التقنين الأسباني والمادة ٣٧٦ من التقنين البرتغالي والمادة ٦ من المشروع الإيطالي) ، وكان في الوسع أن يعرف المشروع المنقول تعريفا مباشرا وأن يترك تعريف العقار يستنبط من طريق غير مباشر كما فعل التقنين النمساوي في المادة ٢٩٣ ، ولكنه أثر خطة التقنين الحالي نظرا لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية في جملة التشريع المصري " (١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما قرره من ثبوت قيام عقد بين الطاعنة والمطعون ضده الأول (مستقل الكتاب) بصفته الشخصية لابیصفته نائبا عن المطعون ضده الثاني (المؤلف) من مقتضاه إلزام الطاعنة بتوزيع نسخ الكتاب الذي تسلمته من المطعون ضده الأول وأن ترد إليه ما تبقى منه بغير توزيع وكان الظاهر أن مقصود الحكم من استناده إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية هو أن المطعون ضده الأول كان حائزا لنسخ الكتاب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٦٦ ومابعدا .

المطبوعة باعتبارها منقولاً مادياً يجوز حيازته لا حيازته بحق المؤلف عليها فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٢ في جلسة ١٢/٥/١٩٦٦)

٢- " المحل التجارى وعلى ما يقضى به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ يعتبر منقولاً معنوياً منفصلاً عن الأموال المستخدمة فى التجارة ويشمل مجموعة العناصر المادية ، والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجارى وحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكونة لها فهو فكرة معنوية كاللزمة تضم أموالاً عدة ولكنها هى ذاتها ليست الأموال وترتيباً على ذلك لا يكون التصرف فى مفردات المحل التجارى تصرفاً فى المحل ذاته ولا يعتبر العقار بطبيعته أى البناء الذى يستغل فيه المتجر عنصراً فيه ولو كان مملوكاً للمالك نفسه وهو بهذا الوصف يصح أن يكون محلاً لملكية مستقلة عن العقار القائم به " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ فى جلسة ١٩/١١/١٩٧٥)

٩١- ثانياً : المنقول بحسب المآل :

بعض الأشياء المادية التى تعتبر عقاراً بطبيعتها تعتبر منقولات بحسب مآلها إذا نظر إليها باعتبار أنها متصبة منقولات بطبيعتها فى وقت قريب ، كالثمار والمحصولات الناضجة قبل جنيها أو

حصدها ، والمباني التي يراد هدمها والأشياء المعدة للقطع . فإذا بيع المحصول أو خشب الشجر أو أنقاض البناء مستقلا عن الأرض باعتبار أنه سيفصل عنها ، سرت عليه أحكام بيع المنقول .
ولكى تعتبر مثل هذه الأشياء منقولا بالمآل لا بد من توافر الشرطين الآتيين :

١- وجود إرادة جدية بين الطرفين بفصل الشيء عن الأرض . فلا يكفى مجرد النية أو الرغبة أو الإرادة غير الواضحة . فمثلا من يبيع لشخص بناء مع الاحتفاظ بملكية الأرض لايعنى أن هذا المنزل سيتحول قطعيا إلى أنقاض . فقد يكون المقصود فصل ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة . ففي مثل هذا المثال لكى تعتبر مكونات المنزل منقولا بحسب المآل لا بد وأن يكون الاتفاق بين البائع والمشتري واضحا فى أن شراء المنزل لهدمه والحصول على أنقاضه .

وهناك حالة اعتبر القانون فيها الشيء منقولا بحسب مآله ، حتى ولو لم يتفق العاقدان على ذلك . وهى حالة حجز الثمار المنصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها . فقد أجاز القانون فى المادة ٣٥٤ مرافعات أن يكون التنفيذ على هذه الثمار والمزروعات بطريق الحجز عليها حجز منقول ، على أن يوقع الحجز فى خلال خمسة وأربعين يوما قبل نضجها .

وهذا الحكم مستفاد من المادة بمفهوم المخالفة ونصها كما يأتي:
" لايجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها
بأكثر من خمسة وأربعين يوما وإلا كان الحجز باطلا " (١).

٢- أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في
وقت قريب . فكون الانفصال أمر احتمالي أو أن تحققه لن يكون
قبل زمن طويل يمنع من اعتباره منقولا بحسب المال . فمثلا من
يبيع أنقاض منزل بعد العثور على مسكن آخر ، أو على أن يتم
التسليم بعد بناء مسكن آخر في ظرف خمس سنوات مثلا ، في مثل
هذه الحالة لايعتبر المنزل منقولا بحسب المال . وقرب الوقت أو
بعده مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع يحسمها بحسب
ظروف الواقع (٢).

٩٢- أهمية التفرقة بين العقار والمنقول :

للتفرقة بين العقار والمنقول نتائج عملية كثيرة ، نخص بالذكر
منها ما يأتي :

١- من حيث إجراءات التنفيذ :

فرق القانون بين حجز الأموال المنقولة وبيعها وبين حجز
العقارات وبيعها ، فرسم للأولي إجراءات أبسط من إجراءات الثانية

(١) عبد المنعم للصدده ص ١٥٥ ومابعدها .

(٢) نعمان جمعه ص ٥٣٩ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٦٣٦ ومابعدها .

وأقصر منها وقتاً وأقل كلفه . وذلك مبالغة منه في حماية الأموال العقارية .

٢- من حيث شهر التصرفات :

أوجب القانون شهر التصرفات بالنسبة للعقارات ، فيجب شهر التصرفات التي يترتب عليها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال أى من الحقوق العينية العقارية .

أما التصرفات التي لا يترتب عليها سوى نشوء أو نقل أو انقضاء أو تغيير حق عيني على منقول فلا يجب شهرها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا الطلب ينصب على الآلة المتنازع عليها كما كانت قبل تثبيتها ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون بسده الأول ، وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لأنه يقع على منقول . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨)

٣- من حيث ترتيب الرهن الرسمى والاختصاص :

لايستقر الرهن الرسمى والاختصاص كحقوق عينية تبعية إلا على عقار ، وذلك لأن تخصيص الشيء لضمان الوفاء بالدين يصبح نافذاً فى حق الغير بمجرد القيد فى الشهر العقارى . وهذا غير منصور بالنسبة للمنقولات التى تتشابه مع بعضها ويسهل نقلها، وتعد الحيازة منها سندا للحق .

٤- من حيث الشفعة :

فالشفعة تجوز فى بيع بعض الأموال العقارية ، كحقوق الملكية العقارية وحقوق الانتفاع الواردة على عقار ولا تجوز فى بيع الأموال المنقولة بأى حال .

٥- من حيث التملك بالحيازة :

المقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحق ، فمجرد وجود المنقول تحت يد شخص يعد قرينة على أنه قد تملكه بسبب صحيح وبحسن نية . وحسن النية والسند الصحيح يكفيان كأساس لملكية المنقول دون العقار . والسبب الصحيح هو كل تصرف مكسب للحق حتى ولو كان صادرا من شخص ليس صاحب حق على المنقول (م ٩٧٦ مدنى) .

أما تملك العقار أو الحق العيني على العقار بالحيازة المقترنة بحسن النية والمستندة إلى سبب صحيح ، فلا يتم إلا إذا دامت الحيازة خمس سنوات (م ٩٦٩ مدنى) .

٦- من حيث الاختصاص القضائي :

جعل قانون المرافعات الاختصاص فى الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة (م ١/٥٠ مرافعات) .
أما الدعاوى المتعلقة بأموال منقولة فتكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩) . إلا إذا كان موضوع الدعوى حقا شخصيا متعلقا بعقار كحق المشتري بعقد غير مسجل فيكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار والمحكمة التى فى دائرتها موطن المدعى عليه حسب اختيار المدعى (م ٢/٥٠) ^(١) .

٩٣- تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول يتعلق بالنظام العام :

تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول يتعلق بالنظام العام . فإذا اعتبر القانون بعض الأشياء عقارات من قبيل الاستثناء وبشروط خاصة، فإن الباعث على هذا يكون فى نظر المشرع متعلقا بالنظام العام كذلك ، وهو ضمان استغلال العقارات . وعليه إذا اتفق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات ، بالتخصيص ، بحيث لا يكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، وكانت هذه المنقولات لا تتوافر فيها الشروط التى يتطلبها القانون لهذا التخصيص،

(١) سليمان مرقس ص ٦٤١ وما بعدها - نعمان جمعه ص ٥٤١ وما بعدها.

فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . فإرادة الأفراد لا يمكنها أن تعدل في أحكام العقار بالتخصيص .
ولكن لا يترتب على ذلك أن المالك لا يمكنه أن يتنازل عن التمسك باعتبار المنقول عقارا بالتخصيص . فالمالك هو الذى يقوم بالتخصيص ، وهو الذى فى وسعه أن يزيل هذا التخصيص وإذا كان يتنازل له أن يتنازل عن التمسك بالتخصيص ، لأن هذا التنازل لا يكون سوى . إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز الدائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، فإن هذا الحجز لا يكون باطلا إلا إذا دفع المالك المدين ببطلان الإجراءات طبقا للفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى . فإذا لم يدفع المالك بالبطلان اعتبر متنازلا ، وبالتالي يكون الحجز صحيحا^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٥ وما بعدها .

مادة (٨٣)

- ١- يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .
- ٢- ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

الشرح

٩٤- الأموال العقارية والأموال المنقولة :

بعد أن قسم المشرع الأشياء إلى ثابتة (عقارات) ومنقولة عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية ، وهى التى يصدق عليها وحدها اصطلاح الأموال . ولم يستثن من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشئ الذى يرد عليه .

فيعتبر مالا عقاريا كل الحقوق العينية التى تقع على عقار ، سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو كانت حقوقا عينية تبعية. وكذلك يعتبر مالا عقاريا الدعاوى التى تتعلق بحق من الحقوق العينية الواردة على عقار .

وبناء على ذلك تعتبر أموالا عقارية :

- (١) حق الملكية الوارد على عقار ، سواء كان العقار عقارا بطبيعة أو عقارا بالتخصيص .
- (٢) الحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية ، وهى حقوق عينية أصلية ، إذا كان محلها عقارا . ويشمل ذلك :

(أ) حق الانتفاع وحق الاستعمال الواردين على عقار .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يبين من استعراض نصوص القانون المدني المصرى أنه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية ، وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، كما أنه فى المادة ٨٣ اعتبر كل حق عينى مالا عقاريا ، ثم أنه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حق الملكية وهى التى تناولتها المواد من ٨١٦ - ٨٢٤ والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس فيها حق الانتفاع ، ومن ثم فإن حق الانتفاع فى نظر القانون المصرى من حق مالى قائم فى ذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية وبالتالي فهو مما يجوز الإصاء به ويمكن تقويمه " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦)

٢- " يبين من استعراض نصوص القانون المدني المصرى أنه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . كما أنه فى المادة (٨٣) اعتبر كل حق عينى مالا عقاريا ثم إنه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حق الملكية وهى التى تناولها فى المواد من (٨٠٦ - ٨٢٤) والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس فيها حق الانتفاع ومن ثم فإن حق الانتفاع فى نظر القانون المصرى هو حق مالى

قائم فى ذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية . وبالتالي فهو مما يجوز الإيصاء به ويمكن تقويمه " .

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٨/٦/٢٠٠٢ - لم ينشر بعد)

(ب) حق السكنى وهو لا يرد إلا على عقار .

(ج) حق الارتفاق كحق المرور وحق المطل وحق مسيل المياه،

وهى أيضا لا ترد إلا على عقار .

(د) الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، وتشمل حق

الرهن الرسمى وحق الاختصاص وهما لا يردان إلا على عقار،

وكذلك حق الرهن الحيازى وحق الامتياز وهما يردان على عقار أو

على منقول فلا يعتبران مالا عقاريا إلا عند ورودهما على عقار .

(هـ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية المتقدمة التى تعتبر

أموالا عقارية^(١).

أما الأموال المنقولة ، فهى جميع الحقوق غير العقارية،

ويشمل ذلك جميع الحقوق العينية الواردة على منقول .

وعلى ذلك تعتبر أموالا منقولة ما يأتى :

(أ) جميع الحقوق العينية الواردة على منقول ، سواء كانت

حقوق ملكية أو حقوقا عينية أصلية أخرى أو حقوقا عينية تبعية.

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٨ وما بعدها - عبد الوود يحيى ص ١١٧ .

(ب) جميع الحقوق للذهنية وهي التي يكون محلها شيئا غير مادي كحقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية والحق في الاسم التجاري .

(ج) جميع الحقوق الشخصية سواء أكان محلها إعطاء شيء، عقارا كان ذلك الشيء أو منقولا ، أم كان محلها القيام بعمل ولو كان ذلك العمل إقامة بناء ، أم كان امتناعا عن عمل ولو كان ذلك الامتناع امتناعا عن التعرض للدائن في انتفاعه بعقار .

ومن هذا القبيل حق مشتري العقار قبل تسجيل عقده ، فإنه لا يكون إلا حقا شخصيا يستطيع المشتري بمقتضاه أن يلزم البائع بنقل ملكية العقار إليه ، فيعتبر مالا منقولا لأن محله المباشر فعل المدين ولأن ملكية العقار ليست إلا محلا غير مباشر لهذا الحق الشخصي بمعنى أن المشتري لا يصل إلى حق الملكية إلا من طريق فعل للمدين أو ما يقوم مقامه .

ومن هذا القبيل أيضا حق مشتري العقار أو مستأجره في إلزام البائع أو المؤجر بتسليمه العقار المبيع أو المؤجر ، وكذلك حق كل منهما في إلزام البائع أو المؤجر بضمان الانتفاع بالعين المبيعة أو المؤجرة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"١- بعد أن قسم المشروع الأشياء إلى ثابتة ومنقولة عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية ، هي التي يصدق عليها وحدها اصطلاح الأموال . ولم يستثن من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشئ الذي يرد عليه .

وقد قسم المشروع الأموال إلى عقار ومنقول أيضا . فجعل كل حق عيني يقع على شئ ثابت عقارا سواء كان ذلك الحق جق ملكية أو حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو اختصاص إلخ ... وكذلك كل دعوى عينية تتعلق بعقار .

٢- واعتبر المشروع مالا منقولا كل ما ليس مالا عقاريا مقتنيا في ذلك أثر التقنين الحالي ، (المادة ١٧/٣) وأنظر التقنين البرتغالي المادة ٤٣٧٦ والمشروع الإيطالي المادة ٦) وبذلك تجنب ما وجه من نقد إلى التقنينات الأجنبية التي عرفت الأموال المنقولة تعريفا مباشرا أو حاولت تعدادها (أنظر التقنين الفرنسي المادة ٥٢٩ والتقنين الإيطالي المادة ٤١٨ والتقنين الإسباني المادة ٣٣٦ والتقنين الهولندي المادة ٥٦٧ والتقنين الأرجنتيني للمادة ٢٣٥٣ والتقنين البرازيلي المادة ٤٨) وعلى هذا النحو يعتبر مالا منقولا جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشئ منقول بما في ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق للشخصية المتعلقة بعقار

والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وما شابهها (انظر المادة ٤٨ من التقنين البرازيلي)^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الدعاوى الشخصية العقارية هى الدعاوى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التى يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد وقد راعى الشارع- هذا الازدواج فى تكوين الدعوى ومآلها حينما جعل الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى الشخصية العقارية -وفقا للمادة ٥٦. مرافعات- معقودا للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه. ولاينال من هذا النظر أن تكون المادة ٨٣ من القانون المدنى قد اقتصرت فى تقسيم الأموال والدعاوى المتعلقة بها على عقار ومنقول فقط إذ لم يرد فيها أو غيرها من نصوص القانون المدنى أية قاعدة للاختصاص تغاير قاعدة المادة ٥٦ من قانون المرافعات فى شأن الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية".

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-١ ص ٤٧٠ ومابعدها .

٢- " مفاد المادة ٥٥٨ من القانون المدني أن حق المستأجر في طبيعته حق شخصي وليس حقا عينيا ، وهو بهذه المثابة يعتبر مالا منقولاً ولو كان محل الإجارة عقارا ، كما يعد عقد الإيجار من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٣- " ليس من شأن الدعوى البوليصة المفاضلة بين العقود بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين " .

(طعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

(د) جميع الدعاوى التي لا تستند إلى حقوق عينية عقارية .
وتدخل في ذلك دعاوى الحيازة وكذلك دعاوى الفسخ ودعاوى البطلان ودعاوى عدم نفاذ التصرف ولو كان محل العقد المطلوب فسخه أو بطلانه أو عدم نفاذه عقارا (١).

(١) سليمان مرقس ص ٦٤٠ وما بعدها - عبد الوود يحيى ص ١١٧ .

٩٥- أهمية تقسيم الأموال إلى عقارية ومنقولة :
(راجع بند ٩٢) .

مادة (٨٤)

- ١- الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو في إنفاقها .
- ٢- فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع .

الشرح

٩٦- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك :

تنقسم الأشياء بحسب الأثر الذي يحدثه الاستعمال فيها ، إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له .

فالأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة ، أو هي كما يقول النص ، تلك التي ينحصر استعمالها في استهلاكها . ومثالها الخضر والفاكهة والنقود . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فهي تلك التي لا يترتب على استعمالها لأول مرة هلاكها ، والتي تحتل بالتالي الاستعمال المتكرر ، وإن كان من شأنه إحداث نقص في قيمتها أو حتى هلاكها . ومثالها الأراضي والمنازل والكتب . وهكذا يبين أن مناط التقسيم إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له ، هي ما إذا كان استعمال الشيء لأول مرة يؤدي إلى هلكه من عدمه . والفيصل في ذلك هو الغرض الذي يعد له الشيء ، فالأصل في الخضر والفاكهة مثلا ،

أنها أشياء قابلة للاستهلاك ، لأنها معدة بحسب العادة لأن تآكل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى النقود ، لأنها معدة بحسب طبيعتها لأن تنفق . ولكن قد تتخذ هذه الأشياء صفة عدم القابلية للاستهلاك ويكون ذلك كلما أعدت لغرض لا يكون من شأنه أن يؤدي استعمالها لأول مرة إلى هلاكها ، كما إذا أعدت الخضر والفاكهة لأن توضع في معرض ثم ترد لصاحبها ، وكما إذا أعدت النقود لكي تنخل في مجموعة أثرية يتمتع الناس بمشاهدتها .

والاستهلاك نوعان : فهو إما مادي وإما قانوني .

والاستهلاك المادي هو الذي يترتب عليه فناء الشيء ، أو فسي الأكل ، تغيير ذاتيته ، كما هي الحال بالنسبة إلى الخضر والفاكهة حيث يؤدي الاستعمال الذي تعدله بحسب طبيعتها لأن تآكل فتفنى ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى القطن إذا أعد لنسجه ثيابا ، فإن هذا الاستعمال ، وإن لم يكن من شأنه أن يفنى مادة القطن ، إلا أنه يؤدي إلى تغيير ذاتيته ، حيث يستحيل إلى شيء آخر .

أما الاستهلاك القانوني ، فهو لا يعدو أن يكون استهلاكا اعتباريا ، بمعنى أن القانون هو الذي يعتبر الشيء هالكا في حين أنه في حقيقة الواقع باق على حاله لم يعثره تغيير . فالنقود مثلا لا تهلك بانقالتها من يد إلى يد ، ولكن القانون يعتبر إنفاقها هالكا لها ، على أساس أن من ينفقها يفقدها ، فهي بالنسبة إليه كأنها قد هلكت .

وعلى ذلك فالأشياء تعتبر قابلة للاستهلاك ، ليس فقط كلما كان من شأن استعمالها لأول مرة هلاكها ، ولكن أيضا كلما كان من شأن هذه الاستعمال ذهابها عن صاحبها ، وإن ظلت محتفظة بذاتيتها . وهذا ما أدى بالمشروع إلى القول فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤ بصدد تعريف الأشياء القابلة للاستهلاك ، بأنها هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو إنفاقها " . والمقصود بلفظ "الإنفاق" هو النقود . فالنقود معدة بحسب طبيعتها لأن تنفق وهى لهذا يعتبرها القانون أشياء قابلة للاستهلاك . وهو ما أدى بالمشروع أيضا إلى أن يقول فى الفقرة الثانية من المادة السابقة : " فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع " .

فالبضائع التى توضع فى المتاجر بغرض بيعها تعتبر أشياء قابلة للاستهلاك ، لأن من شأن الاستعمال الذى أعدت له ، وهو بيعها لطالبيها ، أن تذهب عن صاحبها ، وحينئذ يعتبر هذا الأخير أنه قد فقدها ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" عرض المشروع فى هذه المادة لتقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له والأشياء القابلة للاستهلاك هى التى تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة أو بعبارة أخرى هى التى ينحصر

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٨ وما بعدها - نعمان جمعه ص ٥٤٢ وما بعدها .

استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها استهلاكاً مادياً أو قانونياً ، ويعتبر إنفاق النقود وبيع العروض المعدة للبيع استهلاكاً قانونياً لها . وما عدا ذلك من أشياء فهو غير قابل للاستهلاك والعبرة فى ذلك بالاستعمال الذى أعد له الشيء . فالثمار والنقود يكون الغرض منها عادة أكلها أو إنفاقها . ولكنها إذا أعدت للعرض فى معرض أو عدة معارض على التوالى تكون غير قابلة للاستهلاك " (١).

٩٧- أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك:

تتصدر أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك فيما يأتى :

- ١- أن بعض الحقوق التى لاتعطى لصاحبها حق التصرف وإنما تعطيه فقط حق الاستعمال لايمكن أن ترد على الأشياء القابلة للاستهلاك، وذلك مثل حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق.
- ٢- أن بعض العقود لايمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد أول استعمال لها وهى العقود التى تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الذى تسلمه بعد استعماله كالإيجار وعارية الاستعمال .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٧٢ .

٣- فى حالة الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، يحتفظ المالك بحقه فى الملكية على الشئ الذى تقرر عليه حق انتفاع أو كان محلا لعقد إيجار ائتمانى ، ولذلك فإنه يستطيع أن يطالب باسترداده عينا فى حالة خضوع المدين لإجراءات الإفلاس . بينما فى الأشياء القابلة للاستهلاك (مثل القرض أو البضائع) ، فالمالك فى هذه الحالة ليس له إلا حق شخصى فى المطالبة بالاسترداد فى مواجهة المدين ، أى يصبح دائنا عاديا ويخضع بالتالى لمزاحمة باقى الدائنين العاديين ، ومن الممكن أن يتعرض لعدم استرداد حقه كاملا^(١).

(١) نبيل سعد ص ٢٠٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٩ ومابعدهما .

مادة (٨٥)

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ،
والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل
أو الوزن .

الشرح

٩٨- الأشياء المثلية والأشياء القيمية :

الأشياء المثلية هي تلك التي تتماثل مع بعضها بحيث لا يقوم
بينها اختلاف يعتد به عند التعامل. ويكون تعيينها بتحديد نوعها
ومقدارها وصنفها . وقد يكون تحديد القدر صراحة أو ضمنا . أما
الصنف فيمكن عدم تحديده ، وفي هذه الحالة يكون الوفاء صحيحا
إن وقع على صنف متوسط .

وتحديد مقدار هذه الأشياء يكون بالعدد مثل عد البرتقال أو
بالمقاس مثل قياس القماش أو بالكيل مثل كيل الحبوب ، أو بالوزن
مثل وزن السكر والشاي والسمن والخضراوات .. الخ .

أما الأشياء القيمية ، أو الأشياء المعينة بالذات ، فهي الأشياء
التي لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وذلك لتفاوت أحادها تفاوتاً
يعتد به ومثالها العقارات ، وحصان معين أو سيارة معينة .

ويبدو من نص المادة ٨٥ أنها أخذت بمعيار ملائ للترفة بين
الشيء المثلي والشيء القيمي. فإذا كان الشيء مما يعد أو يقاس أو

يكال أو يوزن كان مثليا ، وإلا فهو قيمي . إلا أن ذلك ليس ضروريا في جميع الأحوال ، فقد يكون الشيء مثليا وفقا للمعيار الذى ذكرته المادة ٨٥ مدنى ومع ذلك تجعل منه إرادة المتعاقدين شيئا قيميا . فالنقود من المثليات ولكنها قد تكون من الأشياء القيمة إذا استبعدت لتوضع فى معرض مدة معينة ترد بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض (المادة ٥٠٥ من التقنين البرازيلى) أو التى يجرى العرف على تعيينها بالعدد أو المقياس أو الوزن (المادة ٩١ من التقنين الألمانى) وقد جمع المشروع بين هذين المعنيين فى المادة ١١٦ ، محتثا فى ذلك مثال المادة ٧ من المشروع الإيطالى . على أن المحول على وصف للشيء بأنه مثلى أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العاقدين أو عدم جواز ذلك .

وقد خلط كل من التقنين الأسبانى (المادة ٣٣٧) والتقنين الهولندى (المادة ٥٦١) هذين التقسيمين ، مما يوهم بأن كل مثلى قابل للاستهلاك ، وبأن كل ما هو غير قابل للاستهلاك قيمي .

ولكن الأمر يختلف عن ذلك ، فالنقود المعدة للعرض مثلية .
ولكنها غير قابلة للاستهلاك والتحف الفنية الأصلية قيمة ولكنها
تعتبر قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع " (١) .

٩٩ - أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة :

لهذا التقسيم أهمية عملية كبرى تظهر فيما يأتي :

١ - نقل الملكية :

تنص المادة ٢٠٤ مدنى على أن : " الالتزام بنقل الملكية أو أى
حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل
الالتزام شيئاً معيناً بالذات " فملكية الأشياء المعينة بالذات أى
الأشياء القيمة فإن الملكية فيها تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد ،
أى أن المشتري يصبح مالكا بمجرد حصول العقد . فى حين تنص
المادة ٢٠٥ على أنه : " إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء
لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " . فالملكية
لا تنتقل فى الشيء المثلئ بمجرد الاتفاق لعدم تحديد الشيء ، ولذلك
يتأخر انتقال الملكية بعد انعقاد العقد حتى يحصل التعيين بإفراز هذا
الشيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٧٤ .

٢- فسخ العقد بسبب الهالك :

القاعدة أن من يلتزم يتعين عليه الوفاء بما التزم به . ولا يعفى من تنفيذ التزامه إلا باستحالة التنفيذ بسبب حادث قهرى . فإذا تعهد شخص بنقل ملكية شيء متعين ، كحصان من أحصنة السباق مثلا ، فالأصل أنه لا يبرأ من التزامه إلا بتسليم الحصان إلى المشتري ، فإذا فرضنا أن الحصان قد نفق قبل التسليم ، فإن البيع يفسخ بسبب هلاك الشيء المبيع (م ٤٣٧) .

ومع ذلك فإن قاعدة فسخ العقد لهلاك موضوعه لا يتصور تطبيقها فى حالة التعاقد على المثليات ، لأن القاعدة أن المثليات لاتهلك ، إذ أنه يمكن أن يحل بعضها محل البعض عند الوفاء .

٣- من حيث الوفاء :

يكون الوفاء بالالتزام الذى محله شيء قيمى بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه فى العقد ، ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره . أما إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا فإن المدين يبرأ من التزامه إذا هو قدم شيئا من نفس النوع بالقدر والصفة المتفق عليهما فى العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هى عينها ، وقد يكون الشيء

بعينه مثليا في أحوال وقيما في أحوال أخرى ، والفصل في كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشيء ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣ فى جلسة ١٩٣٣/١١/٢٣)

٤- المقاصة :

لاتقع المقاصة إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلى ، بشرط الاتحاد فى النوع والجودة (مادة ٣٦٢ مدنى) (١).

(١) محمد عرفه ص ٤٨٢ . عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٩٣ وما بعدها -
نبيل سعد ص ٢٠٥ وما بعدها .

مادة (٨٦)

الحقوق التى ترد على شىء غير مالى تنظمها قوانين خاصة.

الشرح

١٠٠- حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية :

يقصد النص بالحقوق التى ترد على شىء غير مالى حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية إلخ .

وقد جاء عن ذلك بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قصد المشروع بهذه المادة مجرد التذكير بالحقوق المالية التى ترد على شىء غير مالى وهى حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية إلخ وقد ترك تنظيمها إلى قانون خاص قامت وزارة العدل بوضع مشروعه ولا يزال قيد البحث " .

وهذه الحقوق كان ينظمها القوانين الآتية :

١- القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية .

٢- القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

٣- القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف .

ثم نظمت أخيرا بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية (الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى

٢ يونية سنة ٢٠٠٢) . والذي عمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره .

وقد نصت المادة الثانية من قانون إصداره على إلغاء القوانين سالفة الذكر عدا أحكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيماوية المتعلقة بالأغذية والمنتجات الكيماوية الصيدلانية فتلغى اعتبارا من أول يناير سنة ٢٠٠٥ .

كما نصت على إلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية للقانون بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية - العدد ٣٣ مكرر فى ١٦ أغسطس سنة ٢٠٠٣) .

ونحيل فى دراسة أحكام هذا القانون إلى المؤلفات المتخصصة فى حماية حقوق الملكية الفكرية .

مادة (٨٧)

- ١- تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .
- ٢- وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

الشرح

١٠١ - المقصود بالأموال العامة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .

ويبين من هذا التعريف أنه يشترط لاعتبار المال من الأموال العامة (التى يطلق عليها أيضا الدومين العام) توافر الشروط الثلاثة الآتية :

الشروط الأول :

أن يكون المال عقارا أو منقولا . وقد عرفنا فى شرح المادة (٨٢) المقصود بالعقار والمنقول . ومثال العقار الطرق والشوارع وشواطئ البحار والمباني التى تشغلها الإدارة الحكومية ومثل المنقول السيارات الحكومية وأسلحة الجيش ونخائره وطاقرائه

وسائر معداته . وكذلك المستندات والوثائق المحفوظة لدى للوزارات والمصالح المختلفة والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة^(١).

الشرط الثاني :

أن يكون المال مملوكا للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة . وقد بينا سلفا المقصود بالأشخاص الاعتبارية العامة ، كالهيئات العامة والمؤسسات العامة ونقابات المهن الخ .

الشرط الثالث :

أن تكون هذه الأموال مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى) أو قرار صادر من الوزير المختص :

كان التقنين المدنى القديم يورد فى المادتين (١٠،٩) منه تعدادا للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفل التقنين المدنى الجديد هذا للتعداد ، اكتفاء بمعيار التخصيص الفعلى ، فقد أخذ هذا التقنين بهذا المعيار (التخصيص) لمنفعة عامة، وهو الرأى الراجح فى الفقه والقضاء .

وتخصيص الأموال لمنفعة عامة يكون بأحد طريقين : طريق شكلى وطريق فعلى نعرض لهما فيما يلى .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثامن طبعة ٢٠٠٤ ص ١٠٧ ومابعدها .

(أ) التخصيص الشكلي :

يتم التخصيص للمنفعة العامة في هذا الطريق في شكل قانون أو مرسوم (قرار جمهوري الآن) .

وعلى الرغم من أن ظاهر النص يوصي بحصر الأعمال القانونية التي يصح بها للتخصيص للمنفعة العامة في تلك التي تصدر في صورة قانون أو مرسوم (قرار جمهوري) ، فإنه من المسلم به فقها وقضاء أن التصريح بالتخصيص يكفي فيه ما دون ذلك من الأعمال القانونية التي تصدر عن الإدارة ، كالمقرارات التي تصدر من مجلس الوزراء أو الوزراء . هذا ما لم يتطلب الشارع إجراءات خاصة في بعض صور التخصيص الشكلي لفئات معينة من الأموال .

هذا إذا كان المال المراد تخصيصه من أموال الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة . أما إذا كان المال مملوكا لأحد الأفراد ، فإنه يشترط ليصير من المنافع العامة أن تنتقل ملكيته بادئ ذي بدء إلى الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الملحقة بها . ويتم هذا الانتقال في الصورة التي نحن بصددنا - بعمل قانوني، قد يتخذ صورة الاتفاق مع الإدارة ، فتسرى عليه القواعد المدنية التي تحكم أمثال هذه الاتفاقات بين الأفراد في الشكل والموضوع . وقد يتم ذلك الانتقال جبرا عن صاحب المال بنزع ملكيته للمنفعة العامة ، فتسرى عليه أحكام نزع ملكية العقارات التي وردت بالقوانين المنظمة لهذا الإجراء الذي يصدر من الدولة بوصفها صاحبة الولاية الأمرة .

والغالب أن يتبع هذا الطريق فى نوع الأموال العامة التى تغلب فيها يد الصناعة كالمباني العامة ومناطق الاستحكامات ونحوها^(١). ويراعى أن الأموال المملوكة للجمعيات الخيرية لاكتسب صفة المال العام بمجرد التخصيص ما لم تنتقل ملكيتها للدولة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كانت الأموال التى تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها لمنفعة عامة هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وذلك عملاً بالمادتين ٩ من القانون الملغى و ٨٧ من القانون المدنى الحالى ومن ثم فإن الأسهم التى كانت مملوكة للجمعية الطاعنة لم تكتسب صفة المال بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة طالما أن ملكيتها لم تنتقل إلى الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون قبل تخصيصها للمنفعة العامة " .

(طعن رقم ١٨٠٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥١/٣١)

(ب) التخصيص الفعلى :

يراد بالتخصيص الفعلى أن يشهد للواقع بتخصيص المال للمنفعة العامة فيعتبر بذلك من الأموال العامة . ولا بد لذلك من تهيئة المال

(١) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٤ ص ١٣٤ ومابعدا .

التهيئة المادية التي يقتضيها تخصيصه للنفع العام . وذلك واقعة مادية يجوز إثباتها أمام القضاء بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن . ولكن لمحكمة النقض ولاية رقابة الوصف الذي يستخلصه قاضى الموضوع من الوقائع الثابتة لديه .

وطريق التخصيص الفعلى يوافق الأموال التي تهيئها طبيعتها للانتفاع العام بها ، كالأهوار وشواطئ البحار والميادين^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المشرع إذ نص فى المادة ٨٧ من القانون المدنى على أن تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى) أو قرار من الوزير المختص، وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، فقد دل على أن المعيار فى التعرف على صفة المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة ، وأن هذا التخصيص كما يكون بموجب قانون أو قرار ، يجوز أن يكون تخصيصا فعليا ، ولما كان التخصيص للمنفعة العامة بالنسبة للمال المملوك للدولة ملكية خاصة هو تهيئة هذا المال ليصبح لهذه المنفعة رسدا عليها، وكان الثابت أن الأرض التى اتخذت عليها إجراءات الحجز العقارى

(١) محمد على عرفه ص ١٣٤ ومبهدا .

مملوكة للدولة ملكية خاصة وقد أقيمت عليها مخبأ لحماية الجمهور من الغارات الجوية ، وإذ تؤدي المخابئ التي تنشئها الدولة على أراضيها خدمة عامة بسبب إنشائها لحماية للكافة ، فإن لازم ذلك أن تعتبر الأرض موضوع إجراءات الحجز العقاري المقام عليها المخبأ من الأموال العامة ، فلا يجوز الحجز عليها مادامت مختصة بتخصيصها للمنفعة العامة " .

(طعن رقم ١٤٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٣)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" اشترطت المادة ١١٩ (المقابلة للمادة ٨٧ مدنى) فى الأموال

العامة شرطين :

أولاً : أن يكون المال ، عقارا كان أو منقولا ، مملوكا للدولة

أو للأشخاص المعنوية العامة كالمديريات والمدن والقرى .

ثانيا : أن يكون هذا المال مخصصا لمنفعة عامة بالفعل أو

بمقتضى قانون أو مرسوم فوضعت بذلك تعريفا عاما تعين بمقتضاه

الأموال العامة ، ويغنى عن البيان المطول الوارد فى المادتين ٩ ،

١٠ من التقنين الحالى . وقد أخذ المشروع فى هذا التعريف بمعيار

التخصيص لمنفعة عامة وهو المعيار الذى يأخذ به رأى الراجح

فى الفقه والقضاء .

وقد بينت المادة حكم الأموال العامة وهو خروجها عن التعامل، وهذا يطابق ما قضت به محكمة النقض المصرية (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ ملحق القانسون والاقتصاد ١٠ ص ٢١ رقم ٥ والمحاماة ٢٠-٥٩٨-٢٠٩) ورتب على ذلك عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . ولكن ذلك لا يمنع الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة من الترخيص إداريا لبعض الأفراد باستعمال بعض الأموال العامة التابعة لها استعمالا محددا بحسب ما تسمح به طبيعتها ^(١).

١٠٢ - اكتساب صفة المال العام بالتقادم :

إذا وضعت الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام يدها على شيء مملوك لأحد الأفراد المدة القانونية، كسبت ملكيته بالتقادم. فيصير الشيء مالا عاما إذا ظل تخصيصه للمنفعة العامة قائما. فإذا شق فرد مثلا شارعا في أرضه ، فإن هذا الشارع يعتبر مملوكا له ملكية خاصة ، حتى لو سار فيه الجمهور . ولكن إذا استمر الجمهور يسير في الشارع مدة ١٥ سنة ، ولم يثبت أن ذلك قد حصل عن طريق التسامح من صاحبه ، ففي هذه الحالة تعتبر الوحدة المحلية للمدينة أو الحى أنها قد وضعت يدها على الشارع بوساطة جمهورها المدة القانونية اللازمة لاكتسابه بالتقادم ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٨٠ .

ولذلك فهي تملكه. ومادام الشارع مخصصا للنفع العام، فهو يصبح بمجرد ملكية الوحدة المحلية إياه مالا عاما^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استطراق الأراضى المملوكة للأفراد ليس من شأنه وحده تخصيصها للمنفعة العامة إلا أن استمرار هذا الاستطراق المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل يترتب عليه كسب الدولة لملكيتها بالتقادم وتخصيصها للمنفعة العامة بمجرد اكتمال هذه المدة".

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١)

١٠٢- الفصيص :

إذا اغتصبت الإدارة مال الأفراد وضمته إلى الأموال العامة للدولة دون اتباع القواعد المقررة قانونا ، وذلك بطريق التخصيص الفعلى ، فقد ذهبت محكمة النقض - على خلاف للفقهاء^(٢) - إلى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣٤ .

(٢) لسنهوري ص ٩٠ ومابعدهما - محمد على عرفه ص ١٣١ - فيعتبران أن ذلك غصباً غير مشروع. وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه يجب التمييز بين فرضين: الأول إذا كان العقار الواقع عليه الاستيلاء قد تغيرت معالمه بحيث لا يمكن رده ، كإبخله فى جسر عمومى ، والثانى، ما إذا كان العقار قد بقى كما هو قابلاً للرد .

ففى الحالة الأولى يدخل العقار فى المنافع العامة ، فلا يكون لصاحبه سوى المطالبة بالتعويضات ، وفى الحالة الثانية تقضى المحكمة برد

اعتبار الغصب صالحا لإلحاق المال بأمالك الدولة العامة ، وأنه يكفي بصده تقرير مسئولية الحكومة عن التعويض الذى يستحقه مالك العين وفوائده التعويضية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمالك الذى اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التى نزعت ملكيتها منه جبرا عنه، ولمحكمة الموضوع حق تقرير هذه الفائدة على الوجه الذى تراه غير متقيدة فى ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير".

(طعن رقم ٩ لسنة ٣ فى جلسة ١٩٣٣/٦/٨)

٢- " إذا أضافت الحكومة عينا إلى المنفعة العامة دون أن تتخذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية : فهذه الإضافة هى بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض الذى يستحقه مالك العين وفوائده التعويضية . وقاضى الموضوع يكون فى هذه الحالة حرا فى تقدير التعويض والحكم به مبلغا واحدا ، أو بقيمة العين المنزوعة ملكيتها وفوائدها التعويضية محسوبة من اليوم الذى يراه هو مبدءا لاستحقاق التعويض " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣ فى جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)

العين المغتصبة (الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية
الجزء الأول ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م ص ١٠١ هامش (١)) .

٣- " لا تشريب على محكمة الموضوع فى قضائها بالتعويض على وزارة الأشغال إذا حكمها قد بنى على أن هذه للوزارة قد أزالـت سواقى للمدعين مقامة فى أرضهم لتوسيع أحد الخزانات ، وأنها استولت على الأرض والسواقى دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكية مفاجئة أصحاب السواقى بإزالتها فى وقت حاجتهم إلى مياهها ، لأن الوزارة بهذا الذى وقع منها تعتبر متعديـة غاصبة وملتزمة بتعويض ما ترتب على عملها من الأضرار . ولا يشفع لها من ذلك التمسك بالمادة السابعة من لائحة الترع والجسور " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٨ قى جلسة ١٩٣٩/٢/١٦)

٤- " تخصيص العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة بالفعل دون اتباع الإجراءات التى رسمها القانون وذلك بالاستيلاء عليه ونقل حيازته وإدخاله فى المال العام يتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ، ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يترتب عليه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٥٤ قى جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢)

٥- " تخصيص ما يملكه الأفراد - من عقارات - للمنفعة العامة - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - يقتضى أولاً إدخاله فى ملكية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى فيصبح فى

الملك الخاص وينتقل بعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمي أو بطريق فعلى ، ولئن كان الأصل أن إدخاله فى الملك الخاص للدولة يكون بطريق من طرق اكتساب الملكية المبينة فى القانون المبنى أو بطريق نزع الملكية طبقا للقواعد والإجراءات التى نظمها القانون الخاص الصادر بشأنه ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تخصص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة مباشرة دون اتخاذ الإجراءات الملغى عنها فى هذا القانون فتنتقل حيازته من المالك الأصل إلى الدولة ويتحقق بذلك حكم نزع الملكية وتتولد عنه أسوة بالصورة العادية المباشرة لجميع الحقوق المنصوص عليها فى القانون لذوى الشأن " .

(طعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥)

١٠٤- أمثلة من قضاء محكمة النقض للأموال العامة :

١- الأرصفة الجمركية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأرصفة الجمركية باعتبارها من الأملاك العامة المخصصة لمنفعة عامة لايجوز تأجيرها ، وإنما يجوز تحويل منفعتها إلى الأفراد ويكون الانتفاع بها مقابل رسم لا أجره " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

٢- الارتفاقات الإدارية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الارتفاقات الإدارية المقررة لخدمة مال عام تعتبر أموالا عامة لتعلقها بالمال العام الذى تخدمه ، فيكون لها كذلك ما للأموال العامة من خصائص ، وحصانة وتبقى ما بقى المال العام المخدم مخصصة للمنفعة العامة ، ولا تنقضى إلا بانتهاء تخصيصه لهذه المنفعة أو تخصيصه لجهة نفع أخرى غير تلك التى من أجلها تقرر الارتفاق " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧)

٣- الميادين العامة :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الميادين العامة تعتبر طبقا لنص المادة ٧٨ من القانون المدنى من أملاك الدولة العامة ، وتصرف الإدارة فيها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون إلا على سبيل الترخيص وهو مؤقت يبيح للسلطة المرخصة دواما ولدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه أو الرجوع فيه ولو قبل حلول أجله ، وكل أولئك من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العام ولا ولاية للمحاكم فى شأنها ، ولا تخضع للقانون الخاص " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٨)

٤- الشواطي :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٨٧ من القانون المدني نصت على أنه " تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص " وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الشواطي تعتبر في حكم المادة ٨٧ سالفه الذكر من الأموال العامة وأن الترخيص بالانتفاع بها يعتبر من الأعمال الإدارية " .

(طعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

٥- جسور النيل ومجراه :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" جسور نهر النيل ومجراه تطبيقاً للمادة ٧٨ من القانون المدني من أملاك للدولة العامة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩)

٦- الجبانات :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ في شأن الجبانات والمواد الأولى والسادسة والثامنة

والتاسعة من لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٤١٨ لسنة ١٩٧٠ ، يدل على أن الجبانات سواء كانت مخصصة لدفن موتى المسلمين أو من عداهم على اختلاف ملتهم وطوائفهم، تعتبر أموالاً عامة مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامة ، وأن للمجالس المحلية الإشراف عليها وإدارتها على النحو الذى بينته اللائحة التنفيذية أنفة الذكر ، وهو ذات ما كان مقرراً من قبل فى ظل العمل بلائحة الجبانات الصادرة بتاريخ ١٨٧٧/١٠/٣٠ والتي عهدت إلى مصلحة الصحة العمومية بالاختصاصات المتعلقة بإنشاء الجبانات وتعديلها وإعطاء التراخيص بالدفن استثناء من أماكن غير الجبانات كالمساجد والكنائس وغيرها من الأماكن المعدة للعبادة، وكذلك فى ظل العمل بديريته ١٨٨٧/١٢/٦ بتقرير عوائد لمصلحة الصحة عن التراخيص المتعلقة باستخراج الجثث ونقلها وغير ذلك مما تتولاه المصلحة المذكورة فى هذا الخصوص مما يفيد أن الجبانات جميعها كانت تعتبر قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ من الأموال العامة وتشرف عليها الدولة ممثلة فى أجهزتها التنفيذية المختصة " .

(طعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩)

٧- دور العبادة : قضت محكمة النقض بأن :

١- " للكنيسة لاتعتبر من الأموال العامة المبينة فى المادة ٩ من القانون المدنى (القديم) حتى لو صبح قيامها على الجوامع المنصوص عليها فى هذه المادة . ذلك أن عبارة الفقرة السابعة صريحة فى أن الجوامع لاتعتبر من الأموال العامة إلا إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون فى رعاية الحكومة . وإذن فإذا كانت الكنيسة موضوع الدعوى لاينطبق عليها هذا الوصف فلا يصح اعتبارها من الأموال العامة ، ولايصح اعتبارها كذلك استنادا إلى الأمر العالى رقم ١٥ الصادر فى ٢٣ من أكتوبر ١٩٠٥ ، لأنه لايعدو لكونه مجرد ترخيص فى إنشاء كنيسة فليس من شأنه أن يخلع عليها صفة المال للعام . فالحكم الذى يقضى بعدم اختصاص المحاكم بالنظر فى ملكية مثل هذه الكنيسة باعتبارها من الأموال العامة يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١٨)

٢- " شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدنى القديم - هو أن تكون فى رعاية الحكومة تدير

شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة . فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها ناظرة عليها شأنها في ذلك شأن أى فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شئون الوقف فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٣- " إذا خلصت المحكمة إلى أن المستأنف عليه الأول قد أقام البناء على الأرض المملوكة للمستأنف عليهم أولا وثانيا بدون رضاهم ، وأقيمت الدعوى منهم خلال ميعاد السنة من تاريخ علمهم بإقامة البناء فإن طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول يضحى سديدا ويمتنع بالتالى التمسك في مواجهتهم بقاعدة التعسف في استعمال حق الملكية لتخلف شروط إعمال أحكامها . ومتى كان الحكم المستأنف قد انتهى صحيحا إجابة المستأنف عليهم أولا وثانيا إلى طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول فإنه يتعين تأييده ولاينال من هذا القضاء إنشاء المستأنف الأول مسجدا أسفل البذا' . لعدم ثبوت المسجدية له وفقا لأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة لعدم خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه " .

(طعن رقم ٤٣٣٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٢)

١٠٥- هل المال العام يعد مملوكا للدولة ؟

ثار جدل كبير فى الفقه حول تكييف حق للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة على الأموال العامة . فذهب البعض إلى أنه ليس للدولة على هذه الأموال حق الملكية . وحجتهم فى ذلك هى أن الدولة لاتستعمل هذه الأموال ، إذ استعمالها يثبت لجمهور الناس حتى الأجانب منهم ، وهى لاتستغلها فى العادة ، لأن الغالب فى الأشياء المخصصة للنفع العام أنها لاتدر ثمارا ، وفضلا عن ذلك ، فالدولة لاتتصرف فى المال العام ما بقى له هذا الوصف ، وخرج هؤلاء الفقهاء من ذلك إلى أن عناصر حق الملكية الثلاثة وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف منتفية بالنسبة للمال العام . وهذا ما دعاهم إلى القول بأن هذا المال يخرج عن دائرة التعامل، فهو لا يكون مملوكا لأحد ، وليس للدولة عليه إلا الولاية والرعاية والإشراف ، أما ملكيتها فلكمة^(١) .

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن للدولة على أموالها العامة حق الملكية شأنها فى ذلك شأن غيرها من أشخاص القانون العام . وهم يردون على معارضتهم بقولهم إذا كان جمهور الناس هو الذى

(١) محمد على عرفه ص ١٤٩ ومابعدهما - الأستاذ أحمد فتحي زغلول شرح القانون المدنى طبعة ١٩١٣ ص ٤٩ .

يستعمل المال العام ، فهو يفعل ذلك باعتباره عنصرا أساسيا من العناصر التى تتكون منها للدولة ، فكأن الدولة هى التى تستعمل المال العام بوساطة شعبها . ثم إن للدولة الحق فى الإفادة من غلة المال العام كلما كان من شأنه أن يدرها ، فكأن حق الاستغلال ثابت لها أيضا . وإن كان مقيدا . فضلا عن ذلك ، فالدولة وإن امتنع عليها أن تقوم على المال العام بالغالب من التصرفات القانونية ، إلا أن لها أن تجرى بعضها ، وهى تلك التى لا تتعارض مع تخصيصه للنفع العام . ثم إن للدولة أن تجرى عليه جميع التصرفات المادية التى يقتضيها تخصيصه للنفع العام ، فلها أن ترصف الطريق وأن تهذب مجرى النيل وأن توسع الموانى وأن تشيد طبقات جديدة على المباني العامة ، إلى غير ذلك من الأفعال المادية . بل إن للدولة أن ترفع عن المال صفته العامة ذاتها ، بإزالة تخصيصه للنفع العام . فكأن حق التصرف متولف بدوره فى المال العام وإن كان محدودا . وهكذا يصل الفريق الثانى من الفقهاء إلى أن عناصر الملكية الثلاثة ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، غير منتفية فى المال العام بل متوافرة ، وإن اقتضى التخصيص للنفع العام أن تختلف عما عليه الحال فى الأموال الخاصة .

وانتهى هؤلاء الفقهاء إلى أن الدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام حق الملكية على أموالها العامة ، وإن كانت هذه الملكية من نوع خاص . وهذا الرأي هو الذى يعتقه أكثر الفقهاء المدنيين والإداريين على السواء ^(١).

ويضيف بعض أنصار هذا الرأي حجة أخرى لرأيهم هي أن مشروع التقنين المبنى الجديد كان صريحا في أن للشخص المعنوى العام حق الملكية في الشيء العام ، فكان مشروع المادة ٨٧ مبنى يجرى على الوجه الآتى : " تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة " فكان هذا النص يحمل دليلين على ملكية الدولة للأموال العامة (أ) دليلا صريحا هو عبارة " المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة " التي وصفت بها الأموال العامة . (ب) دليلا آخر يستخلص من تعدد الدومين العام ، فمادام الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية العامة الأخرى، كما جاء صراحة في النص ، فمعنى ذلك أن الدومين العام مملوك للشخص الإدارى الذى يتبعه ، إذ لو لم يكن مملوكا له لما تعدد

(١) الدكتور وحيد راجت القانون الإدارى جـ ٢ ص ١٠٢٢ - محمد كامل مرسى ص ١٠٦ - المنهورى ص ١١٧ وما بعدها .

الدومين العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام يتبعه خاصة ، ولوجب إرجاع الدومين العام إلى إشراف الدولة وحدها دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى . ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة لم تنتبه إلا إلى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة " المملوكة " تجنباً للأخذ برأى قاطع في أن هذه الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال ^(١).

(١) السنهوري ص ١١٧ .

الأحكام التي تخضع لها الأموال العامة

حقوق الدولة والأشخاص الاعتبارية الأخرى

١٠٦- أولاً : الحق في رفع دعوى الاستحقاق ودعوى الحيابة:

للدولة وللأشخاص الاعتبارية الأخرى حماية المال العام الذي تملكه برفع دعوى الاستحقاق، شأنها شأن الأفراد تماماً، كما أن لها حماية حيازتها برفع دعوى الحيابة^(١).

كما أنه لها طلب رفع الدعوى الجنائية على من يعتدى على المال العام، ولها أن تزيل آثار الاعتداء بالطرق الإدارية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الدعوى قد رفعت من الحكومة (المطعون ضدها) بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٣ في جلسة ١٩٦٧/٤/٢٦)

٢- " ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه لمنفعة عامة ينتفى معه حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا للتخصيص إذ يتمتع عليه في هذه الحالة التحدى بأنه كان عند حيازته جهل أنه يعتدى على حق الغير لأن هذا الجهل يكون ناشئاً عن خطأ جسيم لما يشهد

(١) السنهوري ص ١٢٢ - محمد كامل مرسى ص ١٠٦ .

به الواقع من تخصيص المال الذى يحوزه للمنفعة العامة ومن ثم
لا تتوفر بهذا الجهل حسن النية لدى الحائز .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

١٠٧- ثانيا : تملك الثمار والحاصلات :

للشخص الإدارى تملك ثمار المال العام الذى يتبعه كما يملك
حاصلاته . وتملكه لثمار المال العام وحاصلاته إنما هو فرع من
تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذى يملك ما ينتج عن
هذا الأصل من ثمار وحاصلات (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " التزام الحائز مـىء النية برد الثمرات ليس من
الحقوق الدورية أو المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ومن ثم فلا
يستقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا للمادة ٣٧٥ من القانون
المدنى التى قننت ما كان مقررا فى ظل القانون المدنى الملغى .
فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعة سببة النية فى وضع
يدها على جزء من " الأملاك العامة" بغير ترخيص ومسئولة بالتالى
عن رد الثمرات - وأن التزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس
عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

(١) السنهورى ص ١٢٣ - محمد كامل مرسى ص ١٠٦ عبد الفتاح عبد الباقي

(ب) " للرسم الذى تعنيه المادة ٢٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ - الذى يستقدم بثلاث سنوات بالتطبيق لحكم المادة ٣٧٧ مدنى - هو المبلغ الذى تستحقه للدولة مقابل ترخيصها بإجراء أى عمل من الأعمال المبينة فيها داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف ، وهو يختلف عن مقابل الانتفاع الذى يستحق للدولة عن شغل جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص الذى لا يستقدم إلا بالمدة الطويلة كما أنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

٢- " متى انتهى الحكم إلى اعتبار الطاعنين سيئى النية فى وضع يدهم على جزء من الأملاك العامة فإن ذلك يقتضى اعتبارهم مسئولين عن جميع ثماره التى قبضوها والتى قصروا فى قبضها . ولا يسقط حق الحكومة فى المطالبة بها بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى القائم التى فنتت ما كان مستقرا وجرى به قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى من عدم انطباق التقادم الخمسى فى هذه الحالة " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

١٠٨- ثالثاً : حق الشخص الاعتبارى فى الترخيص بالانتفاع بالمال العام :

للسلطة الإدارية التصرف فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها ويكون ذلك على سبيل الترخيص لا الإيجار . وهذا الترخيص مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائماً لدواعى المصلحة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله ، ثم هو عدا هذا خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه . وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه ، كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام .
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إن تصرف السلطة الإدارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص "concession" والترخيص بطبيعته مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائماً ، لداعى المصلحة العامة ، الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . ثم هو - عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه . وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه - كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام . ثم إن كون الترخيص بصدر فى مقابل رسم يدفع لايخرجه عن طبيعته تلك ولا يجعله عقد إيجار .

(ب) " إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الترخيص الصادر من المجلس البلدى فى شغل كشك للبلدية قد انتهى أجله ولم يجدد

قانونا ، وطواب المرخص له بإخلاء الكشك وتسليمه فلم يفعل ، فإن استمراره فى شغله يكون بغير وجه حق، ويكون للمجلس البلدى أن يستولى عليه بالطرق الإدارية عملا بالمادة الخامسة من الترخيص.. وهذا للتصرف من جانب المجلس يعتبر عملا إداريا يحرم على المحاكم تعطيله . فإذا رفع المنتفع دعوى باسترداد حيازة الكشك لنفسه بعد استيلاء البلدية عليه إداريا ، فهذا منه معناه المطالبة بإلغاء تنفيذ أمر إدارى ممالا اختصاص للمحاكم به . فإذا قضت المحكمة فى هذه الدعوى بإعادة وضع يد المنتفع على الكشك فإنها تكون قد خالفت القانون ، ويتعين نقض حكمها والقضاء بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

٢- " تصرف السلطة الإدارية فى أملاك الدولة العامة لا يكون إلا على سبيل الترخيص والتخصيص بطبيعته مؤقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما لدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه والرجوع فيه ولو قبل حلول أجله وكل أولئك من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العلم وتخرج عن ولاية المحاكم العادية لتدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى طبقا لقانون مجلس الدولة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩)

٣- " للدولة على الأموال العامة حق استعمالها واستثمارها ويجرى ذلك وفقا لأوضاع وإجراءات القانون العام ، والمقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تصرف للسلطة الإدارية فى الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص ، وهذا يعتبر بذاته وبطبيعته مؤقتا وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائما لداعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله ثم هو- عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود والواردة فيه ، وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه كل ذلك من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العام ولا تخضع للقانون الخاص ، وكون الترخيص بصرف مقابل رسم يدفع لا يخرج من طبيعته تلك ولا يجعله عقد إيجار " .

(طعن رقم ٢٠٣٢ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦)

٤- " تصرف السلطة الإدارية فى الأموال العامة المملوكة للدولة أو الشخص الاعتبارى العام لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص وهذا يعتبر بذاته وبطبيعته مؤقتا وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائما لداعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . ثم هو عدا ذلك خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية يحكمها القانون العام ولا يخضع للقانون

الخاص أو القيود التي تفرضها قوانين إيجار الأماكن وكون الترخيص يمنح للمنتفع مقابل رسم يدفعه لا يخرج عن طبيعته تلك ولا يجعل منه عقد إيجار . لما كان ما تقدم فإن المبنى الكائنة به الوحدات محل النزاع لا يخضع لأحكام تحديد الأجرة الواردة في قوانين إيجار الأماكن ومن ثم فلا تختص لجان تحديد الأجرة بتقدير قيمة إيجارية لوحداته - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في الدعوى على أساس سريان قانون إيجار الأماكن على المبنى سالف الذكر وعقد للجان تحديد الأجرة الاختصاص بتحديد أجرة وحداته محل النزاع فإنه يكون قد خالف صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٥٩٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

٥- (أ)- المقرر في قضاء محكمة النقض - أن الانتفاع بالأموال العامة لا يكون إلا بمقتضى ترخيص ومقابل رسم تحدده السلطة العامة لا أجرة وأن ذلك يعد من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون العام ، ويخرج من ولاية القضاء العادى ليدخل في اختصاص جهة القضاء الإدارى طبقاً لقانون مجلس الدولة . إذ أن كون الترخيص يمنح للمنتفع مقابل رسم يدفعه للجهة المختصة لا يخرج المال العام عن طبيعته ولا يجعل الترخيص عقد إيجار - حتى لو وصفته بذلك الجهة الإدارية - إذ العبرة في تكييف الرابطة التي تربطها بالمنتفع بالمال العام هو بحقيقة الواقع وحكم القانون،

ومن ثم لا يخضع للقانون الخاص أو القنود التى تفرضها قوانين
إيجار الأماكن .

(ب) - " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين - بصفتهم - قد
تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأن العين محل النزاع قد أقيمت
على إفريز الطريق العام الذى يعد من الأموال العامة وأن الانتفاع
بها يكون بمقتضى ترخيص إدارى مقابل رسم لا أجره ، وإذ أقام
الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بمدوناته من أن " الثابت
من عقد الإيجار المقدم صورة طبق الأصل منه أنه قد عنون بأنه
عقد إيجار ولم يرد به أية عبارة تفيد بأن يعطى جهة الإدارة سلطة
استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ولا يبين من العقد أيضا أن
القصد منه تسيير مرفق عام أو استغلاله أو المساهمة فيه ومن ثم
لاستوافر أركان العقد الإدارى ولا يعتبر من قبيل الترخيص الذى
يخرج عن نطاق تطبيق قانون إيجار الأماكن وإنما يتعلق الأمر بعقد
إيجار من عقود القانون الخاص. يخضع لقانون الإيجار الاستثنائى".
وكان هذا الذى أورده الحكم بأسبابه لايواجه دفاع الطاعنين -
بصفتهم - سائلة الذكر ، رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به -
لوصح - وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى
تطبيق القانون ، مشوبا بالقصور فى التسبيب .

(طعن رقم ٢٦٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٥)

٦- تصرف السلطة الإدارية في الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص المؤقت ومقابل رسم لا أجره .
عدم خضوع هذا الرسم لقواعد تحديد الأجرة القانونية للأماكن الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن . علة ذلك . العبرة في تكييف العلاقة التي تربط جهة الإدارة بالمنفعة بالمال العام بحقيقة الواقع وحكم القانون مادام العقد متعلقا بمال عام واستهدفت تلك الجهة تحقيق مصلحة عامة " .

(طعن رقم ٥٥٨٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤ - لم ينشر بعد)
٧- " الأموال العامة . ماهيتها . م ٧٨ مدني . الأموال المخصصة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو وزارى للمنفعة العامة . التصرف فيها يكون بطريق الترخيص المؤقت " .

(طعن رقم ٥٨٢٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٧ - لم ينشر بعد)

١٠٩- رابعا : تنظيم طريقة استعمال المال العام :

للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى أن تنظم طريقة استعمال المال للعام بالشكل الذى تراه واصلا به إلى أداء وظيفته على أحسن الوجوه وأنفعها .

١١٠- قيد على سلطة الدولة والأشخاص الاعتبارية الأخرى :

عدم التصرف فى الأموال العامة :

تنص الفقرة الثانية من المادة صراحة على أن الأموال العامة "لا يجوز التصرف فيها". والمقصود بالتصرف فى المال العام ، هو الذى يقصده تجريد المال من صفته العامة وإلحاقه بالدومين الخاص. وهذه الخاصة فى المال العام نتيجة لازمة للقول بتخصيصه للمنفعة العامة ، إذ بدونها لا يتحقق الانتفاع العام بالأموال العامة ما يجب من ثبات واستقرار ، فيمتنع تبعاً لذلك على جهة الإدارة أن تنقل مالا عاما إلى ذمة أحد الأفراد أو إلى أشخاص القانون الخاص بوجه عام ، سواء بطريق البيع أو المقايضة أو الهبة أو غير ذلك إلا بعد أن تجرده من صفته العامة وتلحقه بالأموال الخاصة ، بالطريقتين اللذين نصت عليهما المادة (٨٨ مدنى) كما سنرى .

ومن مقتضى عدم جواز التصرف فى الأموال للعامة أيضا ، أنه لا يجوز أن يرتب عليها من الارتفاقات المدنية إلا تلك التى تستند إلى نص فى القانون المدنى ، وبشرط ألا تتعارض مع تخصيصها للنفع العام (م ١٥١٠) ، أما الاتفاق فلا يصلح سببا لفرض مثل هذه الارتفاقات على المال العام لمذاقته لمبدأ عدم جواز التصرف فيه^(١).

(١) محمد على عرفه من ١٢٩ وما بعدها .

على أن هذا الحظر التشريعى قاصر على مجال التعامل فى نطاق القانون الخاص ، أى على المعاملات التى تخضع لأحكام القانون المدنى . أما للمعاملات التى تجرى بشأن المال العام بين الأشخاص الإدارية المختلفة ، كالمبادلات التى ينتقل بها المال من ولاية الدولة إلى ولاية الأشخاص الإدارية الإقليمية ، فهى جائزة بالنسبة للمال العام . وكذلك الشأن بالنسبة لتصرفات القانون العام الأخرى التى توافق طبيعة المال العام ، وليس من شأنها أن تعرقل الانتفاع به ، كعقود الالتزام بمرفق عام . فمثل هذه العقود تطبق عليها أحكام القانون العام التى تلائمها دون غيرها ، وأخصها احتفاظ الدولة بحرية إنهاؤها أو تعديلها تلبية لداعى المنفعة العامة^(١).

١١١- أثر تصرف الإدارة فى المال العام :

تصرف الإدارة فى المال العام يقع باطلا بطلانا مطلقا . متعلقا بالنظام العام .

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . فيجوز إذن لمن تصرف إليه الشخص الإدارى من الأفراد أن يتمسك بالبطلان . فمن يشتري شيئا عاما من الإدارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن .

(١) محمد على عرفه ص ١٤٠ .

وأكثر من هذا يجوز للشخص الإدارى نفسه الذى صدر منه التصرف - بل يجب عليه- أن يرفع الدعوى ببطلان البيع . كما أن له أن يدفع الدعوى المرفوعة عليه بتسليم الشيء إذا لم يكن سلم للمشتري بالبطلان .

ويجوز كذلك للشخص الإدارى أن يلجأ إلى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشيء الذى سلمه للمشتري (١).

غير أن هذا لا يحول دون تقرير مسئولية الإدارة مننيا عن خروجها على القيد المفروض عليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان العقد قد تناول التصرف فى أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لا يعذر المشتري الحائز بجعله عيوب سنده " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ فى جلسة ٢٧/٤/١٩٦٧)

٢- " المادة ٨٧ من القانون المنعنى تحظر التصرف فى المال العام ، ولما كان هذا النص من النظام العام إذ قصد به اعتبارات عامة هى حماية ملكية الدولة العامة فإن البيع الذى يرد على مال من الأموال العامة يكون باطلا بطلانا مطلقا لوقوعه على مال

(١) السهنورى ص ١٢٧ ومابعدها - محمد على عرفه ص ١٣٩ ومابعدها.

لايجوز التعامل فيه بحكم القانون ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التسجيل لايصح عقدا باطلا، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن البيع الحاصل للطاعنة باطل بطلانا مطلقا لوقوعه على محل غير قابل للتعامل فيه إذ كانت الأرض محل العقد عند إبرامه من المنافع العامة، وأن أمر السيد رئيس محكمة القاهرة رقم ... بإبقاء الشهر المؤقت لهذا العقد لايفضى أية شرعية لتملك الأرض بهذا العقد لأنه لايجوز تملكها بأى وجه من الوجوه ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٨١٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

مميزات للأموال العامة :

١١٢- أولاً : عدم قابلية الأموال العامة للحجز عليها :

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أنه لايجوز الحجز على الأموال العامة . وهذا الحكم هو نتيجة منطقية لمبدأ عدم جواز التصرف فى المال العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة. ذلك أن الحجز ينتهى إلى بيع إجبارى ، فإذا كان البيع الاختيارى ممنوعا فأولى أن يمنع البيع الإجبارى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" قصد المشرع بما تقضى به المادة ٨١ من القانون المدنى من أن الأموال العامة تخرج عن التعامل بحكم القانون، عدم جواز

التصرف فى هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، وهو ما نص عليه فى المادة ٢/٨٧ من القانون للمضى وهذا أمر لاشأن له بتقدير قيمة للدعى " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

وتقريرا على هذا المبدأ لايجوز للإدارة أن تنقل الأموال العامة. بحقوق عينية تبعية ضمانا للديون التى تشغل ذمة الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الأخرى . فلا يجوز ترتيب رهن حيازى أو رسمى أو منح اختصاص أو تقرير امتياز على الأموال العامة ، والحكمة من هذا الحظر ظاهرة ، فإن الغاية من هذه الحقوق تمييز أصحابها على غيرهم من الدائنين عند بيع الأموال المحملة بها ، وهذا الغرض غير متحقق فى الأموال العامة ^(١) .

١١٣- ثانياً : عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم :

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أنه لايجوز تملك الأموال العامة بالتقادم .

والقصد من ذلك حماية المال العام بمنع تعطيل الانتفاع به وفقا لما هو مخصص له بتملك أحد الأفراد هذا المال بالتقادم .

وينبنى على ذلك أنه إذا فقد المال العام صفته بانتهاه تخصيصه للمنفعة العامة بسبب من الأسباب فإن ذلك يخرج من دائرة الأموال

(١) محمد عرفه ص ١٤٢ وما بعدها .

العامة وينخله فى عدداً أملك الدولة الخاصة ويأخذ حكمها،
وسنرى فى شرح المادة (٩٧٠) أنه منذ العمل بالقانون رقم ١٤٧
لسنة ١٩٥٧ (بتعديل المادة ٩٧٠ مدنى) أصبح لايجوز تملك أموال
الدولة الخاصة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم .

ولايجوز لواضع اليد على هذا المال أن يحمى يده بإحدى
دعاوى وضع اليد ، فإنما شرعت هذه الدعاوى لحماية الحياة
القانونية ، وحيازة الأعيان المخصصة للمنفعة العامة غير مشروعة
فى نظر القانون فلا تحميها دعاوى وضع اليد .

. على أن الاحتجاج بهذا المبدأ قاصر على جهات الإدارة، فلا
يجوز للتحدى به بين الأفراد .

وعلة ذلك ظاهرة ، فإنما شرع هذا المبدأ لتمكين الإدارة
باعتبارها صاحبة الولاية على الأموال العامة من صيانة تخصيصها
للمنفعة العامة، فلا يجوز الاستناد إليه لتغليب جانب المتعرض على
جانب الحائز فى الدعاوى القائمة بين الأفراد ، بل الأولى فى مثل
هذه الدعاوى تغليب مصلحة صاحب اليد الظاهرة وهو الحائز ،
ولئن تضار الإدارة من الحكم الصادر فى هذا الفرض لمصلحة
الحائز للمال العام ، لأن حجبه قاصرة على طرفى الخصومة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "وضع اليد على الأموال العامة - مهما طالّت مدته - لا يكتسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولاً انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر يوماً بغير اعتراض أو منازعة من الطاعن (الحكومة) هو السبب الذى أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئاً فى القانون " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- "وضع اليد على الأموال العامة مهما طالّت مدته لا يكتسب الملكية ما لم يقع بعد زوال صفة المال العام عنها وإذا كانت محكمة الاستئناف - بما لها من سلطة موضوعية فى تقدير الدليل - قد استخلصت مما ورد بتقرير الخبير أن الأطيان محل النزاع قد استقرت وأصبحت ثابتة منذ ... مما مؤداه زوال صفة المال عنها من هذا التاريخ وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال

شاهدى المطعون عليه وأحد شهود الطاعن أن والد المطعون عليه وضع اليد على الأطنان من قديم الزمان حتى توفي سنة فاستمر المطعون عليه فى وضع اليد عليها وضعا مستوفيا كافة شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة قبل أن يتعرض له الطاعن أو يعكر عليه حيازته ، فإن النعى عليه بالفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت فى الأوراق لايعدو أن يكون جدلا فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٤/١/١٧)

٣- " المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أراضى الآثار باعتبارها من الأموال العامة لايجوز تملكها بوضع اليد مهما طالبت مدته إلا إذا كان وضع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء التخصيص للمنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدانا تاما وكان مجرد سكوت مصلحة الآثار عن إقامة الغير بناء فى أراضى الآثار لا يؤدى إلى زوال التخصيص ... الخ " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ قى جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

وكما لايجوز تملك المال العام بالتقادم لايجوز تملكه إذا كان منقولاً بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ولو كان هذا الحائز حسن

النسبة . كما لا يجوز التمسك بالاتصاق لاكتساب ملكية المال بموجبه^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة الأولى من قانون الآثار والمادة ٩ من القانون المدني الأهلى والمادة ٢٥ من القانون المدني المختلط تعتبر الآثار من الأملاك العامة . فلا يجوز التبايع فى التمثال الأثرى ، وبيعه وشراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال فى حيازته ، مهما كانت جنسيته ، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه . وليس له أن يحتج بنص المادة ٨٧ من القانون المدني لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لاترد مطلقاً على الأملاك العامة " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

١١٤- حقوق الأفراد فى استعمال المال العام :

للمال العام كما رأينا مخصص للمنفعة العامة ، ومن ثم يجوز للأفراد استعمال هذا للمال ، ذلك أن الانتفاع للعام بالمال من مظاهر مباشرة الحريات الفردية ، كحرية الغدو والرواح على الطرق العامة ، كما أن الأصل فيه تحقيق المساواة بين المنتفعين فى استعمال المال العام على الوجه الذى يفرضه تخصيصه ، إلا

(١) السهورى ص ١٣١ - محمد على عرفه ص ١٤١ ومابعدها .

أن هذا لايسلب الإدارة سلطتها فى إصدار الأوامر التنظيمية اللازمة لرعاية الأمن والسلامة العامة والصحة العمومية ، ولتنظيم وجوه استعمال المال العام فيما خصص له ، بل إن لها فى هذا السبيل أن تتطلب استيفاء شروط عامة تعينها مقننا ليتم هذا الانتفاع، كاشتراطها رخصة قيادة مثلا فيمن يقود سيارة توخيا لحماية الجمهور وسلامته . ولها أيضا أن تضع الضوابط التى تلزم مراعاتها فى مباشرة الانتفاع رعاية لدواعى الأمن العام والصحة العامة والسلامة العامة ، كمنع عربات النقل فى شوارع معينة وتحديد وقوف ومرور السيارات فى بعض الشوارع . وإذا كان الاستعمال مجافيا لتخصيص المال العام فللإدارة سلطة منعه دون حاجة إلى نص أو تنظيم خاص كمزاحمة السيارات للطريق العام بوقوفها مدة طويلة . وأخيرا للإدارة أن تجبر الأفراد على احترام أوامرها التى تنظم بها استعمال الأموال العامة بتضمين هذه الأوامر عقوبة جنائية بشرط ألا تزيد على خمسين جنيتها (م ١/٣٨٠ من قانون العقوبات) . فإذا كان القرار لاينص على عقوبة ما يجازى من خالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيتها (م ٢/٣٨٠ من قانون العقوبات) كما لها أن تضمن هذه الأوامر سحب الرخص التى تكون قد منحها (١).

(١) محمد على عرفه ص ١٤٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان ما خلص إليه الحكم من أن أرض النزاع مخصصة للمنفعة العامة يتيح للكافة حق الانتفاع بها فيما خصصت له باعتبارها مالا عاما والنود عن هذا الحق فإن الدفع بعدم قبول الدعوى - لرفعها من غير ذي صفة - يكون ظاهرا للفساد ولا يعيب الحكم إغفاله الرد عليه ."

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١)

مادة (٨٨)

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاؤ تخصيصها للمنفعة العامة .
وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بالفعل ، أو
بانتهاؤ الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

الشرح

١١٥- فقد الأموال العامة صفتها :

أساس ثبوت وصف المال العام للشيء هو تخصيصه للنفع العام
كما قلنا ، فإذا زال هذا التخصيص ، ارتفع ذاك الوصف فمجرد
انتهاء التخصيص للمنفعة العامة ، يفقد المال صفته العامة .
وإذا فقد المال صفته العامة ، عاد ملكا خاصا لصاحبه ، أى
للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام على حسب الأحوال .
وهنا يصبح الشيء خاضعا للأحكام التى تسرى على أموال الدولة
الخاصة ومن ثم كان يجوز تملكها بالتقادم قبل العمل بالقانون رقم
١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ١٣/٧/١٩٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وضع اليد على الأموال العامة - مهما طال مدتة -
لايكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة
بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا

انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية.. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر عاما بغير اعتراض أو منازعة من الطاعن (الحكومة) هو السبب الذى أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- " وضع اليد على الأموال العامة لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد إنهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ أنه من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت بعد ذلك وضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية وذلك قبل تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/١٤)

١١٦- كيفية انتهاء تخصيص المال للمنفعة العامة :

ينتهى تخصيص المال للمنفعة العامة، فيصبح مالا خاصا للشخص الاعتبارى، بنفس الطريقة التى يخصص بها للمنفعة العامة .

ولذلك نجد المادة تحدد طرق انتهاء التخصيص كالآتي :

١- بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى الآن) .

٢- بالفعل .

٣- بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال

للمنفعة العامة .

وقد لاحظ البعض ^(١) - بحق - أنه وإن كان قد ورد بالمادة أن التخصيص ينتهى " بالفعل ، أو انتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة " . إلا أن الصحيح أن الطريق الفعلى هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة ، فلا يوجد إذن طريق ثالث .

فلا يوجد إلا طريقان هما : الطريق الرسمى والطريق الفعلى .
ونكون لفظة " أو " السابقة على عبارة انتهاء الغرض إلخ (زائدة لا محل لها .

وتؤيد هذا النظر عبارات مذكورة المشروع التمهيدي التى لم يرد بها إلا طريقان لانتهاء التخصيص للمنفعة العامة هما الطريق الرسمى لقانون أو المرسوم (القرار الجمهورى) والطريق الفعلى ، فقد جاء بها :

(١) السنهورى ص ١٤١ ومابعدا .

" كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم كذلك ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانقطاع استعمالها بالفعل الاستعمال الذى من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة الخ " (١).

كما يؤيد رأى المذكور قضاء محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٨١/٦/٤ ، ١٩٨٤/٥/٨ ، ٢٠٠١/٤/١ (هذه الأحكام منشورة فى نهاية هذا البند) .

ونعرض فيما يلى لطريقى إنهاء التخصيص للمنفعة العامة :

الطريق الأول :

انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى :

كما يخصص المال المملوك للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ملكية خاصة بقانون أو بقرار جمهورى أو بقرار من الوزير ، فإن هذا التخصيص ينتهى أيضا بطريق رسمى على النحو المذكور .

غير أنه لايشترط أن ينتهى التخصيص بذات الأداة التى خصص بها المال للمنفعة العامة ، فيجوز إنهاء التخصيص بأداة أعلى من الأداة التى أجرت التخصيص . فإذا خصص المال للمنفعة العامة مثلا بقرار جمهورى يجوز إنهاء التخصيص بقانون .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ج- ١ ص ٤٨٤ .

كما يجوز إنهاء التخصيص فى هذه الصورة بطريق فعلى (١).

الطريق الثانى :

إنهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى :

قد ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى ، ويكون ذلك بأن ينتهى الغرض الذى من أجله خصص المال للمنفعة العامة، أى ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمال المال لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصه للمنفعة العامة بصورة واضحة لاحتتمل اللبس .

ويجوز إنهاء التخصيص بهذا الطريق ، ولو كان التخصيص ذاته قد تم بالطريق الرسمى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأموال العامة لا تفقد صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الانتهاء مادام لم يصدر قانون أو قرار به فإنه لا يتحقق إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة. بمعنى أن ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة، وانتهاء الترخيص للمنفعة العامة يجب أن يكون واضحا لالبس فيه" .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ قى جلسة ١٩٨١/٦/٤)

(١) السنهورى ص ١٤١ وما بعدها .

٢- النص في المادة ٨٨ من القانون المدني مؤداه أن الأموال العامة لا تفقد صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وهذا الانتهاء مادام لم يصدر به قانون أو قرار فإنه لا يتحقق إلا بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة وانتهاء التخصيص بالفعل يجب أن يكون واضحا لا يحتمل لبسا .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

٣- " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كان إعمالا للمادة ٨٧ من القانون المدني أن وضع اليد على الأموال العامة مهما طالبت مدته لا يكسب الملكية ، إلا أن النص في المادة ٨٨ من ذات القانون على " تفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة " يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن الأموال العامة تفقد صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الانتهاء كما يثبت بصدور قانون أو قرار من الجهة المختصة فإنه يتحقق بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة ، أي ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة بصورة واضحة لا تحتمل اللبس ،

ومنى تحقق انتهاء للتخصيص على هذا النحو فإن العقار الذى انتهى تخصيصه للنفع العام يدخل فى عداد الملك الخاص للدولة وبالتالي يجوز للأفراد اكتساب ملكيته بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية قبل نفاذ القانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ فى ١٣/٧/١٩٥٧ والذى أضاف لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عيى عليها بالتقادم " .

(ملع رقم ٤١١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١/٤/٢٠٠١ - لم ينشر بعد)
غير أنه يجب ألا يكون الانقطاع عن استعمال الشئ العام مبعثه مجرد التسامح من جانب الإدارة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يجوز - سواء فى ظاء القانون المدنى الملغى أو طبقا للمادة ٨٨ من القانون المدنى القائم - أن يفقد المال العام صفته هذه بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل ، إلا أنه يتعين أن يكون للتجريد الفعلى من جانب الحكومة واضحا كل الوضوح حتى لايتعطل للمال العام عن أداء الخدمة التى رصد لها ، فلا ترفع الحصانة التى أسبغها القانون على الأموال العامة إلا بالنسبة لما يصبح منها فاقدا لهذه الصفة فقدا تاما بطريقة مستمرة لا لبس فيها ولا انقطاع فما يحمل على محمل التسامح أو الإهمال من جانب

جهة الإدارة لا يصلح سنداً للقول بإنهاء تخصيص المال للمنفعة العامة التي رصد لها وزوال صفة العمومية على هذا الأساس " .

(ب) - " إن الحكم إذ دُلَّ على ثبوت صفة المال العام للعين موضوع النزاع بأن القناطر التي نزعَت من أجلها ملكية تلك الأرض لازالت قائمة تؤدي وظيفتها وأنه لا يمكن افتراض لنقطاع التخصيص للمنفعة العامة لمجرد ترك الحكومة هذه الأرض خالية ، فإنه لا يكون فاسد التلذيل ذلك أنه متى كان الثابت فيما أوردته الحكم المطعون فيه أن أرض النزاع هي من الأراضي التي خصصت للمنفعة العامة بمناسبة إنشاء قناطر إسنا بموجب الأمر العالي الصادر في ١٨ من ديسمبر سنة ١٩٠٥ فإن مجرد ترك هذه الأرض خالية من المنشآت حتى أقام مورث الطاعنين عليها البناء ليس من شأنه أن يؤدي إلى القول بانتهاء الغرض الذي خصصت من أجله للمنفعة العامة لأن هذا الترك على ما حصله الحكم لا يعدو أن يكون من قبيل التسامح الذي لا يصلح سنداً بذاته للقول بزوال صفة المنفعة العامة عن المال العام " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

ولا يعتبر سكوت الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الأخرى عن إقامة الغير بناء على الملك للعام مؤدياً إلى روال التخصيص .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أراضي الآثار باعتبارها من الأموال العامة لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالبت مدته إلا إذا كان وضع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء التخصيص للمنفعة العامة وفقداتها صفة المال العام فقداها تاما وكان مجرد سكوت مصلحة الآثار عن إقامة الغير بناء في أراضي الآثار لا يؤدي إلى زوال التخصيص " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

كما أن ترخيص الإدارة لأحد الأفراد باستعمال الشيء العام بصفة مؤقتة ، لاينهى تخصيص المال العام طالما أن هذا الترخيص لايتعارض مع الغرض الذى خصص معه العقار للمنفعة العامة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا تفقد الأموال العامة صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة. وهذا الانتهاء مادام لم يصدر قانون أو قرار به فإنه لايتحقق إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة بمعنى أنه ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة . وانتهاء التخصيص للمنفعة العامة بالفعل يجب أن يكون واضحا لا يحتمل لبسا، ومن ثم فمجرد سكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى

المال العام بدون موافقتها لا يؤدي إلى زوال تخصيص هذا المال للمنفعة العامة - وترخيص السلطة الإدارية للأفراد بالانتفاع بالأموال العامة ليس من شأنه أن يؤدي إلى زوال تخصيصها للمنفعة العامة مادام الانتفاع المرخص به لا يتعارض مع الغرض الذي من أجله خصصت هذه الأموال للمنفعة العامة - وإذا كان ترخيص مصلحة الآثار للمطعون ضده بإشغال قطعة الأرض محل النزاع للسكن بصفة مؤقتة ليس فيه ما يتعارض مع الغرض الذي من أجله خصصت هذه الأرض للمنفعة العامة ، وهو التقيب عن الآثار متى حظر هذا للترخيص على المرخص له إجراء حفر فيها، وكانت هذه الأرض بوصف أنها من أراضي الآثار المعتبرة من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طال مدتة، فإن وضع اليد عليها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى زوال تخصيصها للمنفعة العامة ولا يصح تملك هذه الأموال بالتقادم المكسب الطويل المدة إلا إذا كان وضع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدلنا تماما على وجه مستمر غير منقطع".

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٨)

١١٧- أمثلة لانتفاء التخصيص بطريق فعلى :

١- إهمال الدفن في جبانة حتى اندثرت معالمها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " إن القانون إذ أخرج الأملاك العامة من دائرة المعاملات بنصه على عدم جواز تملكها بوضع اليد أو بيعها أو التصرف فيها إلا بقانون أو أمر إنما جعل هذه الحصانة لتلك الأموال طالما هي مخصصة للمنفعة العامة . فإذا مازال هذا التخصيص لسبب من الأسباب خرجت بذلك عن دائرة الأملاك العامة ودخلت في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ، ويصح إذن تملكها بوضع اليد المدة المكسبة للملك . وإذن فوضع اليد على أرض جبانة يكسب الملكية متى كان قد وقع بعد زوال تخصيص الجبانة للدفن واندثار معالمها وآثارها " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٢٣)

(ب) " لما كان الغرض الذي من أجله خصصت الجبانات للمنفعة العامة ليس بمقصود على الدفن وحده بل يشمل أيضا حفظ رفات الموتى وينبئ على ذلك أن الجبانات لا تفقد صفتها كمال عام بمجرد إبطال الدفن فيها وإنما بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة واندثار معالمها وآثارها كجبانة ومن تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر أرض الجبانة قد فقدت صفتها كمال عام من تاريخ إبطال الدفن فيها يجعل هذا التاريخ بداية لجواز تملكها بوضع اليد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

٢- انهدم سور القاهرة القديم واندثر معالمه وفقد ما خصص له ووضع للناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وإدخالها فى منازلهم.
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة إذ أخرجها من دائرة المعاملات بما نص عليه من عدم جواز بيعها والتصرف فيها إلا بقانون أو أمر مناطها بقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة . فإذا مازال هذا التخصيص بسبب ما فإنها تدخل فى عداد الأملاك الخاصة وتأخذ حكمها من حيث إمكان تملكها بوضع اليد المدة المكسبة للملكية . ووضع اليد فى هذه الحالة لا يكون متعارضا مع الحصانة المقررة للأملاك العامة إذ هو لا يتهدد به منها إلا ما فقد بالفعل هذه الصفة فقدانا تاما على وجه مستمر غير منقطع . وإن فسور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص له ، ثم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/٧)

٣- حفر الدولة خندقا لاستعماله فى أغراض الدفاع فى حرب معينة ، ثم انتهت الحرب .

٤- أن تصبج الأنهار أو النهرات غير صالحة للملاحة فيها،
أو كأن يغير النهر مجراه ، فإن الأراضي التي تتخلف عنها المياه
لا تبقى ضمن الأموال العامة^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨١ وما بعدها .

الرضاء :

مادة (٨٩)

يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لاتعقاد العقد .

الشرح

دراسة تمهيدية :

١١٨- مصادر الالتزام :

مصدر الالتزام هو السبب المنشئ له طبقا لقانون السببية .
فالشيء لا يوجد بغير سبب ، والالتزام لا يوجد بغير مصدر .
ومصادر الالتزام التي ينص عليها القانون المنى هي :

١- العقد .

٢- الإرادة المنفردة .

٣- العمل غير المشروع .

٤- الإثراء بلا سبب .

٥- القانون .

فالترام البائع بتسليم المبيع للمشتري مصدره عقد البيع . والترام من أعلن بإرادته عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين ، مصدره الإرادة المنفردة لصاحب الإعلان . والترام قائد السيارة بتعويض

المصاب فى حادث نشأ عن الخطأ فى قيادة هذه السيارة ، مصدره العمل غير المشروع . والتزام من تلقى مبلغا من النقود لاحق له فيه فى رد هذا المبلغ إلى صاحبه ، مصدره الإثراء بلا سبب . والتزام الزوج بالنفقة على زوجته مصدر القانون .

ويرى البعض أنه بجانب هذه المصادر الخمسة للالتزام ، يكون حكم القاضى فى بعض الحالات الخاصة مصدرا للالتزام ، وهى حالات تعديل العقد ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" أوردت المادة ١٤٧/٩٣ من التقنين المدنى المصرى تقسيما لمصادر الالتزام ، إذ نصت على أن الالتزامات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . واختار التقنين المدنى الفرنسى التقسيم التقليدى ، الذى اتبعه بوتيه ، فنص فى المادة ١٣٧٠ على أن مصادر الالتزام هى العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة والقانون . وقد وجه إلى هذا التقسيم نقد شديد ، وانتهى الأمر أخيرا إلى تركه ، والواقع أن أحدث التقنيات ، ولاسيما ما كان منها جرماني فى النزعة ، لا يورد فى النصوص تقسيما للمصادر . بل إن المشروع الفرنسى الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغى المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام منشأ المعارف بالاسكندرية ص ٧ .

اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ونعى على التقسيم الذى اتبعه التقنين الفرنسى قصوره وهساده ومجانيته للمعقول . وقد برر واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى إعراضهم عن كل تقسيم ، وبندهم للأحكام الحالية الواردة فى المادة ١٣٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدنى الإيطالى ، " بأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصفان ألبق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية " . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا : " وللخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدى ، أو أن يحل محله تقسيما أكثر اتفاقا مع المعقول . والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه فى الإبداء والتصوير " .

وقد روى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الإيطالى الفرنسى وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالى الذى اتبعه التقنين الفرنسى العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمى فى النصوص ، وعلى هذا النحو ، قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة ، دون أن يجهد فى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص . فعمد ، نسجا على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة

المنفردة ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة عن نص القانون " (١) .

١١٩- تعريف العقد :

لم يعرف التقنين القديم العقد . إنما عرفه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٠١ التى تقول إن: " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل " .

كذلك لم يعرف التقنين المدنى الجديد العقد ، وهذا مسلك سليم ، لأن التعريف مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها للاجتهاد . ويعرف للفقه فى مصر العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه (٢) .

وتبين من تعريف العقد أن قوامه أمران :

١- يجب أن يكون هناك توافق إرادتين . فكل طرف فى العقد تتعهد إرادته على أمر معين ، لكن لا بد من أن تتقابل إرادتا الطرفين ، فهذا التقابل هو وحده الذى يكون العقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٣ هامش (١) ومابعدا .
(٢) الدكتور عبد المنعم لصدده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ٥٢ - سمير عبد السيد تناخو ص ٧ .

٢- يجب أن تتجه إرادتنا الطرفين في توافقهما هذا إلى إحداث أثر قانوني . فائقان إرادتين على أمر لا يكفي لقيام العقد مادام أنهما لم تتجها إلى إنشاء رابطة قانونية . وهذه مسألة وقائع يؤخذ منها اتجاه الإرادة إلى الارتباط أو عدم اتجاهها إلى ذلك في ضوء الظروف والملابسات . فمثلا أعمال المجاملات لا تنشئ عقودا ، فلو أن شخصا دعا صديقا إلى وليمة فقبل الصديق الدعوة فلا يقوم بينهما عقد في هذه الحالة ، لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إلى إنشاء التزام قانوني .

وسنعرض لذلك تفصيلا في موضعه .

١٢٠- العقد والاتفاق :

يذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد ، فهم يرون أن الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق (كالبيع ينشئ حقوقا للبائع والمشتري ، وكالإيجار ينشئ حقوقا متبادلة للمؤجر والمستأجر) ، أو على نقله (كما في الحوالة) أو على تعديله (كالإتفاق على تقسيط الدين أو مد أجل الوفاء به) أو على زواله (كالوفاء ينهى حق الدائن) . أما العقد فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذي يستهدف الأمر الأزل وحده ، وهو إنشاء الحق دون باقى الأور ، وهى نقل الحق وتعديله وزواله .

وهكذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقا من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس .
ولما لم تكن لهذه التفرقة أهمية عملية^(١) فقد جرى جمهور الفقهاء على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، واعتبروا العقد والاتفاق مترادفين . وكذلك فعلت التقنينات ، فهى تعبر بالواحد أو الآخر^(٢) .

وقد تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المبنى تعريفا للعقد فى المادة ١٢٢ منه التى تقول : " العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " . وهذا التعريف لايفرق بين العقد والاتفاق ، وهو تعريف المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة الأولى منه .

(١) ويرى أنصار هذا رأى أن التمييز بين العقد والاتفاق له أهمية عملية ، تظهر بصفة خاصة من حيث الأهلية ، فالأهلية اللازمة للعقد . أى أهلية إنشاء الالتزام ، غير الأهلية اللازمة للاتفاق . لكن من السهل الرد على ذلك ، فاختلاف الأهلية لايرجع إلى المقصود من العقد ، إنشاء الالتزام أو نقله .. الخ . وإنما المرجع فى ذلك إلى طبيعة التصرف وخطورته (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المبنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٨ هامش (١) .
(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٣٦ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٨ - عبد المنعم الصده ص ٥١ .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أن يراد هذا التعريف قصد منه إلى نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا ثم حذف هذا التعريف ، لاعدولا عن نفي هذه التفرقة ، بل تجنباً للتعريفات التى تعتبر مجرد عمل فقهي^(١).

١٢١- مجال العقد :

يراد بتحديد بتحديد مجال العقد ، بيان النطاق الذى يعتبر فيه الاتفاق فيه منشأ لعقد يخضع للقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى ففى شأن الالتزامات والعقود . فلا يكفى لقيام عقد بهذا المعنى أن يوجد اتفاق بين الطرفين على إحداث أثر قانونى ، بل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩ ومابعدا - ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧ إلى أنه : " .. وكذلك يسير العمل عندنا على إهدار التفرقة بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، وإن أخذ يسير على شيء من التفرقة بينهما على أساس آخر ، فوامة للتمييز بين العقود الأساسية للتقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح " العقد " ، وبين العقود الأخرى كعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرهما من العقود غير المسماة ، والتي يخلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح " الاتفاق " .

بيد أن هذا الاتفاق فى العمل لم يتبلور بعد ، وآية ذلك أن كثيرا من الناس ، حتى القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثانى من العقود التى بينهاها عبارة " عقد لتعلق " وهى عبارة معيبة فى الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ، يعنى أحدهما تملما عن الآخر .

يجب فرق ذلك أن يتم هذا الاتفاق فى شأن معاملة مالية تدخل فى حوزة للقانون الخاص .

فلا تعتبر عقودا بالمعنى المقصود فى هذا المقام الاتفاقات التى تقع فى نطاق القانون العام . فالاتفاق بين دولة ودولة يخضع للقانون الدولى والاتفاقات التى تبرم بين الدولة بوصفها سلطة عامة والأشخاص الخاضعين لهذه السلطة، وهى التى يقال لها العقود الإدارية ، كتولى الوظائف العامة والتزام المرافق العامة تحكمها قواعد القانون الإدارى ^(١).

ويلاحظ بهذه المناسبة فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الإدارة لمران : الأول ، أن الوسائل الفنية للقانون الخاص فى مادة الالتزامات كان لها أثرها على مبادئ القانون الإدارى، ولذلك فإن للقواعد المدنية الخاصة بالعقد لها مكانها الذى لا ينكر بين القواعد التى يطبقها القضاء الإدارى على العقود الإدارية إنما تفسح هذه القواعد المدنية الطريق عند اللزوم للقواعد التى يقتضيها الصالح العام . من ذلك أنه فيما يتعلق بالتزام المرفق العام يجب أن تراعى القواعد التى تقتضيها طبيعة المرفق وضرورة استمراره وضمنان حسن سير العمل فيه. وهذه الاعتبارات نفسها ، فضلا عن

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩ وما بعدها.

اعتبارات العدالة ، هي التى جعلت القضاء الإدارى فى فرنسا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة فى هذا الخصوص .

والأمر الثانى أن هناك عقودا تبرمها الإدارة بوصفها شخصا اعتباريا عاديا ، شأنها فى ذلك شأن الأفراد ، كمقد إيجار يتعلق بمال من أموال الدولة الخاصة ، وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد مدنى بالمعنى الذى نقصده (١).

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق فى مجال القانون الخاص نفسه ، فاستبعدوا منه الاتفاقات التى تكون متعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والتبنى فى الشرائع التى تجيزه . بمقولة إن الزواج مثلا وإن كان اتفاقا بين الزوجين فإنه ليس عقدا ، لأن القانون - وليست الإرادة - هو الذى يرتب آثاره . وهذا يكفى لإخراج الزواج ونحوه من دائرة العقد (٢).

ويرى غالبية الفقه أن هذا التعليل محل نظر ، إذ أن سلطان الإرادة معينة بحدود النظام العام التى يفرضها الشارع بنصوص أمرة ، وليس من تدخل الشارع على هذا النحو أن يغير من طبيعة التصرف ، ولو صح هذا التعليل لزال وصف العقد عن كثير من

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤ ومابعدهما .

(٢) محمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩ ومابعدهما .

العقود المدنية التي يتدخل فيها الشارع اليوم على نطاق واسع كعقد العمل وعقد الإيجار. فالتعطيل الصحيح لذلك هو أن هذه الاتفاقات ليس من شأنها أن تنشئ روابط يكون الأداء محل التزام فيها ذا قيمة مالية ، والمعلوم أن خاصة الالتزام بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة أن يكون الأداء فيه ماليا ، ولذلك ينتفى وصف الالتزام عن الواجبات القانونية التي تقوم بين أفراد الأسرة^(١).

بل إن الأمر لم يقف عند ما سبق . فأخذ بعض الفقهاء يعمدون إلى التضييق من دائرة العقد حتى فى مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت فى ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذى يعتبر عقدا هو ذاك الذى تسوده المساواة بين طرفيه ، بالنسبة إلى إبرامه ، بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن يملى شروط العقد . ولا يكون للآخر إلا أن يقبلها أو لا يقبلها دون مناقشتها ، فإننا لا نكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضا بأن الاتفاق لا يعتبر عقدا ، إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة ، كما هى الحال فى البيع والإيجار ، حيث تتعارض مصالح كل من البائع

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥ .

والمشترى أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة ، كما هي الحال في الشركة ، فلا تعتبر عقدا . ولكن هذا النظر لم يؤخذ به في فقه القانون الخاص ، لأن فكرة العقد تتسع لكل هذه الصور ، ولأن مثل هذه الشروط غير مطلوبة قانونا لقيام العقد ^(١) .

تقسيمات العقود :

١٢٢- أهمية التقسيم :

تقسيم العقود مسألة لها أهميتها ، إذ لا يخفى أن العقود بسبب ما لإرادة من سلطان ، قد تكاثرت ومازالت تتكاثر بحيث بات من غير الممكن محاولة حصرها . وإذا لم يكن ذلك ممكنا فلا أقل من محاولة تقسيمها إلى طوائف ، حتى يسهل تعرف القواعد التي يمكن أن تطبق على كل طائفة منها .

وتقسيم العقود من عمل الفقيه لا من عمل المشرع ، ولذا نجد التقنينات لا تعرض للتقسيم ، ولا يكاد يشذ عنها في هذا إلا القانون الفرنسي الذي أشار إلى تقسيمات أربعة (راجع المواد ١١٠٢-١١٠٧) في حين أن التقسيمات كثيرة لا تكاد تنفذ ، وما علينا إلا أن نغير الناحية التي ننظر منها إليها حتى نقع على تقسيم جديد للعقود . فمثلا من حيث تنظيم المشرع لبعض العقود دون البعض الآخر

(١) عبد المنعم للصدده ص ٧٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٠ .

تتقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة . ومن حيث التكوين
تتقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، ومن حيث
الأثر إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد ، وإلى
عقود معاوضة وعقود تبرع ، وتتقسم من حيث إمكان تحديد مدى
التزام كل من المتعاقدين وعدمه إلى عقود محددة وعقود احتمالية
(أو عقود شرر) ، ومن حيث النظر إلى المدة وهل هي عنصر
أساسى فى تنفيذ الالتزام أو لا إلى عقود فورية وعقود ممتدة (أو
عقود مدة) ، ومن حيث موقف الطرفين من بعضهما إلى عقود
ممارسة وعقود إذعان ، ومن حيث موضوعها إلى عقود مدنية
وعقود تجارية ، ومن حيث استقلالها وعدمه إلى عقود أصلية
وعقود تبعية ، ومن حيث اقتصارها على عقد واحد أو أنها مزيج
من جملة عقود إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة ... الخ .

وسيقصر عرضنا هنا على أهم هذه التقسيمات .

١٢٣- أولاً : عقود مسماة وعقود غير مسماة :

(أ) العقد المسمى :

العقد المسمى هو العقد الذى نظم له الشارع وخصه باسم معين ،
ونلك نظراً لشيوعه بين الناس ذلك أن العقود التى يمكن الاتفاق
عليها تحت مبدأ سلطان الإرادة لاتقع تحت حصر ، والحياة تأتى
كل يوم منها بجديد ، ولهذا فإن الشارع لايسعه أن يحيط بالتنظيم

الملائم لكل منها ، وإنما هو ينظم فحسب أكثر هذه العقود تداولاً وشيوعاً . وهذه هي العقود المسماة .

والعقود المسماة وفقاً للتقسيم الذى أخذ به التقنين المحدث كالآتى :

١- عقود تقع على الملكية : وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وقد عالجها الشارع فى الباب الأول من الكتاب الخاص بتلك العقود .

٢- عقود ترد على الانتفاع بالشئ : وهى الإيجار والعارية ، وقد عولجت فى الباب الثانى .

٣- عقود ترد على العمل : وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وقد عولجت فى الباب الثالث .

٤- عقود الغرر : وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد عولجت فى الباب الرابع .

٥- الكفالة : وهى إحدى عقود الضمان ، تناولها الشارع فى الباب الخامس .

٦- عقود الرهن الرسمى والرهن الحيازى : وقد عولجا فى الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية^(١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٨ .

(ب) العقد غير المسمى :

العقد غير المسمى ، هو العقد الذى لم ينظمه الشارع وبالتالي لم يطلق عليه تسمية معينة .

وهذه العقود لم ينظمها للشارع إم لأنها لم تكن معروفة وقت صدور التقنين أو لأنها لم تكن شائعة ولم تبلغ فى أهميتها الدرجة التى تستحق معها مثل هذا التنظيم .

ومن أمثلة العقود غير المسماة : عقد النشر الذى يتم بين المؤلف والناشر . وعقد التوريد ، وعقد النزول فى فندق واتفاق إدارة مستشفى مع كلية الطب على أن تضع الأولى تحت تصرف الثانية عددا من الأمرة للدراسة الطبية ، واتفاق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثا يستحقه ، والعقد بين النظارة وإدارة المسرح أو السينما .

ويلاحظ بهذه المناسبة أن القانون الجديد نظم عقودا لم ينظمها القانون القديم ، كعقود الخمر وعقد التزلم المرافق العامة ، كما أنه عالج لقضايا القانون القديم فى تنظيمه لعقود العمل والمقاوله والحراسة .

(ج) أهمية التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم فى تحديد للقواعد التى تحكم العقد . فإذا كان القاضى ينظر نزاعا يتعلق بعقد مسمى ، وجب عليه أن

يتبين الحل أولاً فى الأحكام التفصيلية الواردة فى شأن هذا العقد فى الفصل الخاص به ، فإذا لم يجد فى القواعد العامة التى تنطبق على سائر العقود ، وهى الواردة فى كتاب الالتزامات . فإذا تعذر عليه أن يستخلص الحل من هذه القواعد لجأ إلى العقود الأخرى فيما لا يتعارض مع ما هو منصوص عليه من أحكام خاصة لهذا العقد .
فيأخذ بها بطريق القياس .

أما إذا تعلق للنزاع بعقد غير مسمى فطيه أن يستقصى الحل أولاً فى القواعد العامة للالتزامات ، فإذا تعذر هذا أمكن الالتجاء إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة من طريق القياس .
والفرض فى كل هذا أن ليس هناك اتفاق أو عرف ، فإن وجد هذا أو ذلك كان هو واجب الاتباع .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على مادة تتضمن هذا الحل ،
هى المادة ١٢٣ منه التى تقضى بأن :

" ١- تسرى على العقود ، المسماة وغير المسماة ، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل .

٢- أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فنقررها
الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها ونقرر قوانين التجارة
للقواعد الخاصة بالعقود التجارية " .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى .
وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة فى تمييز أنواع أو
أنماط مختلفة من العقود فحسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ،
تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه
عام ، تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغنى
عن البيان ، أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على
استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة
على العقود جميعا ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ،
ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء . وقصد المشروع إغفال
تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنيات اللاتينية النزعة ، لأن
العناية بها من شأن الفقه . ولذا روى من الأحوط أن تهمل فى
النصوص التشريعية " - إلا أنه اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذه
المادة لعدم الحاجة إليها فوافقت اللجنة على ذلك (١) .

١٢٤- ثانيا : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية :

(أ) العقد الرضائى :

العقد الرضائى ، هو العقد الذى تكفى الإرادة لانهقاده ، فلا
يشترط لانهقاده أى شكل خاص . وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١١ الهامش .

لانعقاد العقد فى القانون المصرى . وينص المشرع على ذلك فى المادة ٨٩ كما رأينا . وهو نص يقرر مبدأ للرضائية ويجعل الخروج على هذا المبدأ استثناء من القاعدة العامة (١).

(ب) العقد الشكلى :

العقد الشكلى ، هو العقد الذى لا يكتفى التراضى لانعقاده، بل يجب بالإضافة إلى التراضى إفراغه فى شكل معين يحدده القانون. ومثال ذلك الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .

والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحدا . فهو يتدرج ما بين الورقة الرسمية والكتابة العرفية فى بعض العقود ، يستلزم القانون الرسمية لانعقادها ، كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر يكتفى للقانون بكتابة محرر ولو كان عرفيا. كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى) ، وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى) . والقانون هو الذى يحدد العقود الشكلية ، والشكل المطلوب فى كل عقد . ولا يسوغ للقياس على ما يقرره منها ، لأن العقود الشكلية استثناء ، والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره ولا يقاس عليه .

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم ، كالهبة أو الرهن الرسمى مثلا. فإن نفس الشكلية تلزم فى عقد التوكيل فى إبرام

(١) سميح عبد السيد تناغو ص ١٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٩.

هذا العقد (المادة ٧٠٠ مدنى) . كما أن الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد تلزم أيضا لقيام عقد الوعد بإيرامه (م ١٠١/٢ مدنى) ، وفى إجازته وإقراره وتعديله .

ويجوز للمتعاقدين فى حالة بذلتها ، أن يتفقا على أن يكون عقد رضائى بطبيعته كعقد البيع عقدا شكليا ، كما إذا اتفقا على أن البيع الذى يرفعان إيرامه لا ينعقد إلا إذا تم فى الشكل الرسمى أو تم فى محرر مكتوب فهنا يعدت بإرادة المتعاقدين ، ولا يعتبر للعقد قيام إلا إذا جاء فى الشكل الذى رسمته . وذلك ما لم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذى تطلبته الإرادة . فرضائية العقود حيث يقررها القانون لاتعتبر من النظام العام، ومن تم يسوغ الاتفاق على ما يخالفها ^(١).

(ج) التمييز بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات :

إذا استلزم القانون شكلا معينا فى التصرف فإن هذا التصرف لا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ، فيكون للشكل شرط انعقاد للتصرف وكذلك الحال إذا اشترط المتعاقدان فى تصرفهما رغم كونه رضائيا ألا ينعقد إلا باستيفاء شكل معين .

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات - الكتاب الأول فى نظرية العقد ١٣٦٢ هـ - ١٩٤٣ م ص ٥٢ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٩ وما بعدها .

أما إذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانوناً، إذ يمكن إثبات هذا التصرف بالإقرار أو اليمين .

أما إذا تطلب القانون شهر تصرف معين كتسجيل التصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وبعض الحقوق الشخصية التى ورد النص عليها أو تطلب القيد بالنسبة للتصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية . فلا شأن لهذين الإجراءين بانعقاد التصرف فى الحالة الأولى إذا لم يتم الشهر فإن التصرف ينعقد ولكن تتعطل بعض آثاره وهى عدم انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير .

وفى المثل الثانى ينعقد الرهن وينتج آثاره، فيما بين المتعاقدين، ولكن لايسرى فى حق الغير إلا بتمام القيد.

ويلاحظ أن للرسمية لا تغنى عن الشهر، وكذلك العكس ، فالرهن الرسمى لا ينعقد إلا بكتابة رسمية ، ولابد مع ذلك فضلاً عن هذه الكتابة الرسمية ، من قيده كى يسرى فى حق الغير . وبيع العقار إذا اتفق على أن يكون بكتابة رسمية فإن شهره لا يغنى عن هذه الكتابة الرسمية ، بل لابد من استيفاء الإجراءين^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١ ومابعدا .

(د) العقد العيني :

العقد العيني هو العقد الذى يلزم لانعقاده بالإضافة إلى تراضى الطرفين ، تسليم الشيء للذى يرد عليه .

وقد أخذ للتقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى ، زيادة على هبة المنقول ، أربعة عقود عينية أخرى ، هى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة .

وكانت هذه العقود الأربعة مأخوذة عن القانون الرومانى حيث لا تتعقد إلا بالتسليم واعتبارها كذلك كان يتسق مع الوضع السائد فى هذا القانون ، إذ كانت الشكلية هى القاعدة ، ولما تطور الوضع ظهرت هذه العقود العينية .

فكانت كفاية التسليم لانعقادها تخفف من حدة الشكلية السائدة حينئذ ، ولم يسلم بالرضائية إلا بالنسبة إلى عدد قليل من العقود كما هو معروف . أما اليوم فالرضائية هى القاعدة ، وبذلك لم يعد هناك مبرر للقول بعينية هذه العقود . لاسيما وأن الوعد بأحد هذه العقود ، كالرهن الحيازى مثلا ، لم يكن مجردا من كل قيمة كما كان الحل فى القانون الرومانى . إذ كان يعتبر هذا الوعد فى القانون القديم ، كما هو فى القانون الفرنسى ، عقدا رضائيا ينشئ على عاتق الواعد التزاما بإتمام العقد ، ومقتضى هذا وجوب التسليم اختيارا أو جبرا ، وبذلك نصل إلى العقد العيني بجميع آثاره .

ولم يأخذ التقنين المدنى الجديد بالعينية فى العقود إلا فى عقد هبة المنقول (م ٤٨٨ مدنى) وهى التى يقال لها الهبة اليدوية . فهذه الهبة إذا لم تتم تحت ستار عقد آخر تكون بورقة رسمية ، وفى هذه الحالة تكون عقدا شكليا . ويجوز أن تتم بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، وحينئذ فقط تكون عقدا عينيا ^(١).

ويستطيع الطرفان أن يتفقا على أن يجعلا من عقد رضائى عقدا عينيا لا يتم إلا بتسليم المحل المعقود عليه أو بتنفيذ شرط من التزام أحد الطرفين . وهذا ما يحصل أحيانا فى عقد التأمين حيث يشترط ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول .

١٢٥. العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد: (أ) تعريف :

العقد الملزم للجانبين أو التبادلى هو الذى ينشئ التزامات قبل كل من المتعاقدين . فالالتزامات العقد إنن تلزم كلا طرفيها على سبيل التقابل فكل منهما دائن للآخر ومدين له . ومثال ذلك عقد البيع حيث ينشئ التزامات على البائع لصالح المشتري (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) ، وأخرى على المشتري لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وبتسليم المبيع) ، وعقد

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣ ومابعدا - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٣ ومابعدا .

الإيجار حيث ينشئ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة وللقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) .

أما العقود الملزمة لجانب واحد، فهي تلك التي ترتب الالتزامات في ذمة أحد طرفيها دون الآخر . فيكون هذا الطرف مدينا غير دائن ، في حين أن الطرف الآخر يكون دائنا غير مدين . ومثال هذه العقود الهبة بغير عوض حيث ترتب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب والالتزام بتسليمه ، في حين أن الموهوب له لا يتحمل في العادة بأى التزام ومثاله أيضا الكفالة^(١) .

وعلى النقيض من ذلك نجد أن من العقود ما يمكن أن يكون ملزما لجانب واحد كما يمكن أن يكون ملزما للجانبين ، وذلك حسب اتفاق المتعاقدين . مثال ذلك عقد الوديعة الذي يمكن أن يكون ملزما للجانبين وإن كان الأصل أنه ملزم لجانب واحد . فحيث يتفق المتعاقدان على أن الوديعة تكون بأجر يلتزم به المودع في مقابل التزام المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع لديه ، فإن عقد الوديعة يصبح عقدا ملزما للجانبين . أما حيث لا يتفق المتعاقدان

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩ ومابعدهما - الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات ١٩٦٧ ص ٨١ .

على أن الوديعة تكون بأجر ، فإن عقد الوديعة يكون عقدا ملزما لجانب واحد . ذلك أنه بينما يقع على المودع لديه التزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه ورده بالحالة التي كان عليها للمودع . فإن هذا المودع لا يقع عليه أى التزام فى مقابل تلك الالتزامات التي تقع على المودع لديه . صحيح أنه إذا أنفق المودع لديه على الشيء المودع مصروفات تقتضيها المحافظة عليه كان المودع ملزما بأن يرد إليه هذه المصروفات. وهذا الالتزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففي هذه الأحوال تكون الوديعة عقدا ملزما للجانبين (أنظر المجلد الثامن بند ٣ - ثالثا)^(١).

(ب) أهمية التفرقة :

١- فى العقد الملزم للجانبين. يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفى العقد . ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد . أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف الذى لم يلتزم بشيء أو تمسكه بعدم التنفيذ ، لأنه لا يتحمل بأى التزام حتى يتحلل منه بالفسخ أو يتمسك بعدم تنفيذه .

(١) وراجع أيضا فى هذا المجلد رأيا يذهب إلى أن الالتزام بأداء هذه المصروفات لا يغير من طبيعة العقد .

٢- فى العقود الملزمة للجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هى سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقاً للنظرية التقليدية فى السبب . أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فإن سبب الالتزام الذى يقع على أحد الطرفين لا يمكن أن يكون التزام الطرف الآخر لأنه ليست هناك التزامات مقابلة .

٣- فى العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنه ينقضى، وينقضى التزام المتعاقد الآخر ، وينفسخ العقد وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد ^(١).

١٢٦- رابعا : عقود المعاوضة وعقود التبرع :

(أ) عقد المعاوضة :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه العاقد مقابل لما يعطى . فالبيع معاوضة بالنسبة للمشتري والبائع ، والقرض بفائدة كذلك معاوضة بالنسبة للمقرض (إذ يحصل على الفائدة مقابل إعطاء الشيء لأجل) والمقرض (إذ يأخذ الشيء لأجل فى مقابل الفائدة التى يدفعها) .

وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن لأنه يأخذ الكفالة فى مقابل دينه ، أما بالنسبة لطرف العقد الآخر ، وهو الكفيل ، فقد يكون العقد معاوضة إذا أخذ عن كفالته أجرا ، وتبرعا إذا لم يأخذ أجرا عنها .

(١) سمير تناغو ص ١٥- جلال العلوى ص ٨٢ ومابعدها .

ومما تقدم يتضح أن العقد قد يعتبر معاوضة من ناحية وتبرعا من ناحية أخرى ، إذ الكفالة معاوضة بالنسبة للذاتين وقد تكون تبرعا إذا لم يأخذ الكفيل عنها أجرا ^(١).

(ب) عقد التبرع :

عقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطى ، ومثاله عقد الهبة وعقد العارية ، وعقود القرض والوديعة والكفالة والوكالة إذا كانت بغير أجر . ولكن ليس هناك ارتباط بين تقسيم العقد إلى معاوضة وتبرع وتقسيمه إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد . صحيح أن أغلب المعاوضات عقود ملزمة للجانبين وأغلب التبرعات عقود ملزمة لجانب واحد . ولكن ليس هناك تلازم بين التقسيمين ، فقد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعا ، كما فى الهبة بعوض والعارية . وقد يكون العقد الملزم لجانب واحد معاوضة ، كما فى الكفالة إذا أخذ الكفيل أجرا من المدين .

(ج) تقسيم فرعى لعقود التبرع :

يجب التمييز فى التبرعات بين الهبات وعقود التفضل . فالتبرع يكون هبة إذا خرج المتبرع عن ملكية مال من أمواله (أو عن أى حق عيى) كما هو الحال فى عقد الهبة . ويكون التبرع عقد تفضل إذا كان ما يقدمه المتبرع للمتبرع له منفعة أو خدمة دون أن

(١) أحمد حشمت أبو سنيت ص ٦٢ ومابعدا .

يخرج شيء من ماله ، كما هو الشأن في العارية والوديعة والكفالة. وإذا كان كل من العقدين يعتبر تبرعا تسرى عليه أحكام التبرع الموضوعية ، إلا أنه لاشك في أن الهبة أشد خطرا على المتبرع من عقود التفضل ، وهذا ما دعا المشرع إلى أن يحيط الهبة دون عقد التفضل بالشكالية ، فيستلزم لانعقادها الرسمية^(١).

(د) دقة التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع :

ليس التمييز بين المعاوضة والتبرع سهلا في جميع الأحوال، وهو بعد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فيها ، مادام أنه قد استند في قضائه إلى دليل ينتجه عقلا. والقاضى فى تقديره إنما يستعين بمعيارين : معيار نفسى ومعيار اقتصادى . فالمعيار النفسى يتلخص فى توافر نية التبرع وعدمه . فلكى يعتبر العقد تبرعا يجب أن يكون قد صدر عن نية تبرع خالصة مجردة عن الغرض الذاتى ، وإن وجد مقابل وإلا فالعقد عقد معاوضة ولو اتخذ شكل التبرع أو وصف به . وإذا فلا يعتبر إعطاء الحكومة أراضيها البور هبة بل معاوضة ، ذلك لأن الحكومة قصدت من وراء إعطائها إلى إحياء الأرض الموات حتى تفرض عليها الضرائب .

(١) عبد المنعم للصدى ص ٦٨ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ وما بعدها.

أما المعيار الاقتصادي فيقتضى الموازنة بين ما يقدمه كل من المتعاقدين ، فإذا اشترط الواهب عوضا تساوى قيمته الشيء الموهوب أو تكاد ، كان العقد عقد معاوضة لا عقد تبرع^(١) .

(هـ) أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع :

للتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع بقسميه (هبة أو تفضل) نتائج هامة نذكر منها :

١- تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات ، باختلاف ما إذا كانت تبرعا أو معاوضة .

فالصبي المميز كامل الأهلية بالنسبة لعقود التبرع إذا كان هو المتبرع له وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع ، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية .

ومن حيث الولاية لا يكون للولي أو الوصي أو القيم ولاية التبرع بمال من تثبت لهم الولاية على ماله ، بينما يكون لهم ، على اختلاف بينهم ، وفي حدود معينة ولاية المعاوضة على ذلك المال .

٢- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى للتبرع لا ينعقد العقد إلا إذا أفرغ فى الشكل الرسمى ، بينما القاعدة فى عقود المعاوضة أنها تتعقد بمجرد التراضى دون حاجة إلى توافر شكل معين .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ .

٣- فى عقود التبرع يعد الغلط فى شخص المتبرع له غلطا جوهريا يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال أما فى عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط فى الشخص لا يعد غلطا جوهريا إلا فى عقود المشاركة والعقود الواردة على العمل دون سواها من العقود التى لا يعد فيها الغلط فى الشخص غلطا جوهريا إلا إذ أثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار فى التعاقد .

٤- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، بينما القاعدة العامة أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئا مستقبلا .

٥- فى عقود التبرع تكون مسئولية الدائن أخف من مسئوليته فى عقود المعاوضة. فمن يتصرف على سبيل التبرع لا يسأل إلا عن فعله العمد وخطئه الجسيم .

٦- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع يكون نطاق ضمان الواهب لاستحقاق المال الموهوب وما قد يوجد فيه من عيوب أضيق من نطاق هذا الضمان فى عقود المعاوضة . فالواهب لا يضمن الاستحقاق إلا إذا كان قد تعد إخفاء سببه أو كانت الهبة بعوض ، كما أنه لا يضمن العيوب الخفية إلا إذا كان تعد إخفاءها أو أكد انتفاءها أو كانت الهبة بعوض .

٧- مسئولية المتبرع ، وهو متفضل ، أخف من مسئولية المعاوض ، أى من المسئولية المعتادة . بينما مسئولية المتبرع له أشد من مسئولية المعاوض . وعلى ذلك تكون مسئولية المودع لديه بغير أجر أخف من مسئولية المستأجر ، ومسئولية هذا أخف من مسئولية المستعير (متبرع له) . فالمسئولية تتدرج من الضعف إلى الشدة تبعا لما إذا كان المتعاقد يتبرع (مودع لديه) أو يعاوض (مستأجر) أو يتلقى تبرعا (مستعير) .

٨- تختلف شروط الطعن بالدعوى البوليصة ، وهى دعوى عدم نفاذ التصرف ، فى المعاوضات عنها فى التبرعات . فإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف تبرعا فلا يشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يثبت شيء من ذلك (م ٢٣٨ مدنى) (١) .

١٢٧- خامساً : العقود متعددة القيمة والعقود الاحتمالية :

(أ) العقد المعدد القيمة :

العقد المحدد القيمة هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى

(١) راجع جلال العلوى ص ٨٦ ومابعدھا- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ مابعدھا .

لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع ^(١).

(ب) العقد الاحتمالي :

العقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ، ولا يحدد ذلك إلا في المستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين وعقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيرادا مرتبا لمدى حياة المشتري ، فلا نستطيع مثلا عند إبرام عقد التأمين على الحياة أن نعرف قيمة المبالغ التي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين ، فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد ، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها ^(٢).

وتقسيم العقد إلى محدد واحتمالي يكون في عقود المعاوضة ، كما أن عقود التبرع قد تكون احتمالية إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيرادا مرتبا طول حياته .

(١) السنهوري ص ١٣٦ - سمير تناعو ص ١٨ .

(٢) السنهوري ص ١٣٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٥ .

(ج) أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين العقود المحددة القيمة والعقود الاحتمالية من ناحيتين :

الناحية الأولى :

أن العقود المحددة القيمة يمكن الطعن فيها بالاستغلال لأن طبيعتها المحددة تسمح بالتحقق من توافر العنصر المادى للاستغلال الذى يتمثل فى أن تكون التزامات أحد الطرفين لانتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . أما العقود الاحتمالية فالأصل أن طبيعتها تحول دون التحقق من ذلك العنصر المادى من عناصر الاستغلال، وبالتالي تحول دون الطعن فيها بهذا العيب من عيوب الرضا ، ما لم يتبين من ظروف المتعاقد الخاصة أن ما يحتمل أن يلحق أحد المتعاقدين من خسارة لايتعادل البتة مع ما يحتمل أن يحصل عليه المتعاقد الآخر من كسب. فحيث يكون الثمن مثلا مرتبا لمدى الحياة لايمكن أن نحدد ما إذا كانت قيمة المبيع لانتعادل البتة مع ذلك الثمن نظرا لتوقف ذلك على مدى ما قد تطول إليه حياة البائع .

إلا أن هناك اتجاها إلى إمكان تحديد ذلك فى بعض الحالات عن طريق جداول الوفيات التى تعدها شركات التأمين وخاصة إذا كانت غلة المبيع تزيد أو تعادل المرتب المتفق عليه ^(١).

الناحية الثانية :

أن العقود المحددة للقيمة هي أيضا وحدها التي يمكن أن تطبق عليها نظرية الظروف الطارئة ، التي تقضى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصالح الطرفين ، وذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . فمن الجلى أن هذه النظرية لا يمكن تطبيقها على العقود الاحتمالية ، لأن هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة^(١).

١٢٨- سادسا : العقود الفورية والعقود المستمرة (عقود المدة):

(أ) العقود الفورية :

العقود الفورية ويقال لها أيضا العقود ذات التنفيذ الفوري، هي العقود التي لا يتدخل للزمن فى تحديد مقدار ما يؤدى من الالتزامات المستولدة عنها . وسيان بعد هذا أن يتدخل فى تحديد وقت نفاذها أو لا يتدخل . فهذه العقود ترمى إلى إشباع حاجة تتطلب الإشباع دفعة واحدة فلا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذها ، سواء تم هذا التنفيذ فورا أو تراخى إلى أجل أو آجال متتابعة . مثال ذلك عقد

(١) جلال العدوى ٩ - أنظر فى التفصيل المجلد الثانى شرح المادة (١٤٧).

البيع فهو عقد فوري لأن التزامات البائع والمشتري تؤدي دون أن يتدخل الزمن في تحديد مقدارها ومداها . وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه . كما إذا اتفق على تأجيل نقل الملكية أو تقسيط الثمن على أقساط متتابعة .

(ب) العقود المستمرة (عقود المدة) :

العقود المستمرة أو عقود المدة هي تلك التي يتوقف مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن، إذ أن هذه الالتزامات تضيق في مداها أو تتسع بحسب قصر أو طول المدة التي ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد .

ويرد عقد المدة إما على أداءات مستمرة ، أو أدايات دورية :

- ١- فالأداءات المستمرة لا يمكن تصورها إلا مقترنة بمدة ، إذ لا يمكن أن تقاس إلا بالزمن . كما في حالة التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة معينة ، والالتزام العامل بالعمل مدة معينة . فالمدة هنا عنصر جوهري وأصيل ، إذ هي مقصودة لذاتها . وبذاتها ، وليست مجرد عنصر عرضي . وهذه الأدايات لا تكون إلا مستمرة ، لأنها يجب أن تؤدي بدون انقطاع طول المدة المتفق عليها . ولهذا كانت العقود المنشئة لها عقودا ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد التأمين .

٢- والأداءات الدورية تتناول أشياء تقاس بحيز مكاني ، بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة ، ولكن يتفق المتعاقدان على تكرارها مدة من الزمان لإشباع حاجة تتكرر . فهي ذاتها تقاس بالمكان ، ولكن يتفق المتعاقدان أن تقاس بالزمان . كما في عقد التوريد حين يلتزم مثلا خباز بأن يورد كيلو من الخبز كل يوم ، أو يلتزم بائع لبن بأن يورد كيلو من اللبن كل يوم .

فالمعقود عليه في عقد الإيجار وعقد التوريد هو شيء يقاس بالزمن، ولكنه يقاس في عقد الإيجار بالزمن طبيعة ، ويقاس في عقد التوريد بالزمن اتفاقا .

وعليه ينقسم عقد المدة إلى عقد ذي تنفيذ مستمر كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري كعقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة^(١).

(ج) أهمية التقسيم :

لتقسيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن إذا فات لا يعود . ففوات الزمن يؤثر بالضرورة في العقود المستمرة . ولكنه لا يؤثر في العقود الفورية . ومن أهم مظاهر هذا التأثير ما يلي :

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٣ وما بعدها - أحمد حشمت أبو سنيت ص ٦٧ .

١- إذا أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء حصل ذلك برضاء عاقدية أم بسبب أجنبي لايد لأيهما فيه ، أنقص ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنه ، في حدود ما يقابل مدة الوقف . فإذا أغرقت السيول مثلا العين المؤجرة وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن زال أيضا التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها . أما العقود الفورية فوقف تنفيذها لا يؤثر في مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها ، فهو لا يعدو وأن يكون إرجاء لأداء تلك الالتزامات ، التي تظل محتفظة بمقدارها كاملة .

٢- فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدي إلى زوالها بأثر رجعى. أما العقود المستمرة فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعى، بل يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة للمستقبل فقط . لأن ما فقد من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذي لا يمكن إرجاعه .

٣- فى العقود الفورية يلزم لاستحقاق التعويض عن تأخير المدين فى تنفيذ التزامه أن يكون للدائن قد أعذره ليثبت عليه تأخيرهُ فى التنفيذ . أما فى العقود الزمنية فالإعذار ليس لازما إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات المدة ، فلا جدوى من الإعذار .

٤- لا تكون العقود الفورية محلاً لانطباق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان العقد مؤجلاً حتى يمكن أن تطرأ مثل هذه الظروف . أما في العقود الزمنية فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون ممكناً دائماً لأن تنفيذ هذه العقود لا بد وأن يمتد في الزمن مما يمكن معه أن تطرأ ظروف لم تكن متوقعة ^(١).

شرح أحكام المادة :

١٢٩- التراضي في العقد :

ينعقد العقد بالتراضي ، والتراضي هو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر المقصود . ويتحقق ذلك بالإيجاب الذي يصدر من أحدهما والقبول الذي يصدر من الآخر .
ولذلك نصت المادة ٨٩ على أن : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... الخ " .

١٣٠- تعريف الإيجاب .

عرفت محكمة النقض الإيجاب بقولها : " الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

(١) جلال العنوي ص ٩٠ ومابعدهما - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٤ ومابعدهما .

١٣١- تعريف القبول :

القبول ، هو تعبير من وجه إليه الإيجاب على قبول الإيجاب ممن وجهه إليه ، بشرط ألا يتضمن ما يزيد أو يعدل أو يقيد فى الإيجاب .

١٣٢- يجب اتجاه الإرادة فى الإيجاب والقبول إلى ترتيب أثر قانونى :

حتى يوجد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد يجب أن تتجه الإرادة إلى ترتيب أثر قانونى ، لأن العقد اتجاه إرادى مشترك نحو ترتيب أثر قانونى معين . ولهذا إذا انتفت نية ترتيب أثر قانونى ، لم تكن بصدد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد . وانتفاء هذه النية يعرض فى حالات متعددة .

١- فقد تصدر الإرادة بقصد المجاملة ، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من دعوات أو وعود فى نطاق المجاملات الاجتماعية . فمجرد قبول دعوة إلى وليمة أو احتفال ، ومجرد إعطاء وعد بالسعى لإلحاق شخص بعمل ، لا يعد إيجابا للتعاقد أو قبولاً للتعاقد لانتهاء نية ترتيب أثر قانونى .

٢- قد تصدر الإرادة على سبيل الهزل، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من عبارات المزاح . فمثل هذه العبارات ، التى تصدر عن إرادة غير جادة لا تتوافر فيها نية ترتيب أثر قانونى ،

لا تـعـمـد إـجـابـا لـلـتـعـاقـد أو قـبـولـا لـلـتـعـاقـد ، و لا يـنـشـأ عـنـها أى عـقـد ، صـحـيـح أن الـهـاـزـل قـد يـلـزـم بـتـعـويـض ما يـنـشـأ مـن ضـرـر عـن هـزـلـه ، و لـكـن الـواقـع أن لـلـتـزـامـه هـذا لا يـكـون مـصـدـره العـقـد وإـنـما الخـطـأ أو العـمـل غـيـر المـشـرـوع ^(١).

و مـثـل ذـلـك الإـرـادـة الصـادـرة مـن شـخـص فـى حـالـة سـكـر بـيـن إـلا أنه لا يـكـفـى لـوجـود إـجـابـ بـالـتـعـاقـد أو قـبـول لـلـتـعـاقـد أن تـتـوافـر نـيـة تـرتـيـب أـثر قـانـونـى . فـلـكـل مـن إـجـابـ التـعـاقـد وقـبـول التـعـاقـد مـقـومـاتـه الـتى يـتـوقـف عـلـيـها و جـودـه .

١٣٣- كـيـفـيـة صـلـور الإـجـاب :

هـنـاك عـقـود تـظـهـر الإـرـادـة فـيـها مـن أـول الأـمر بـطـرـيـقـة قـاطـعة ، فـيـكـون الإـجـاب حـيـنـئـذ بـاتـا ، فـإذا صـادـفـه قـبـول مـطـابـق انـعـقـد العـقـد . و يـتـحـقـق ذـلـك بـالنـسـبـة إـلى العـقـود الـتى تـقع عـادـة فـى الحـيـاة الـيـومـيـة و الـتى يـعـرض فـيـها لـلـمـوجـب شـرـوطـا لا يـقـبـل مـناقـشـة فـيـها . كـما فـى شـراء بـضـاعـة عـلـيـها ثـمـنـها ، و تـتـاول الطـعـام فـى مـطـعـم ، أو النـزـول فـى فـنـدق . و كـما هـى الحـال أـيـضـا فـى عـقـود الإـذـعـان ، كـركـوب سـيـارة عـامـة أو قـطار و الاـشـتـراك فـى أـلـمـيـاه أو النـور .

و لـكـن الإـجـاب لا يـصـدر دأـثـمـا فـى هـذه الصـورـة البـسـيـطة . فـفى كـثـيـر مـن العـقـود ، و لا سـيـما العـقـود الهـامـة ، تـسـبـق الإـجـاب مـراحـل

(١) جـلال العـدوى ص ٩٥ و مـابـعـدهـا - حـمـى بـهـجـت بـدوى ص ٧٣ .

تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعها إلى مستوى الإيجاب ، وذلك على النحو الآتى :

١- فقد تبدأ المسألة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يريد به أن يستطلع رأى الطرف الآخر ويقف على مدى استعداده، فإذا تبين أن لديه رغبة فى التعاقد دخل معه فى مفاوضات قد تطول أو تقصر . وكل ما يدخل فى نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ، ولا يعتبر إيجابا صالحا لأن يقترب به قبول يؤدي إلى قيام العقد .

ويعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه ، كأن يعرض شخص منزلا للبيع دون أن يحدد الثمن ، أو يعرض منزلا للإيجار دون أن يحدد الأجرة .

٢- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب مَصْحُوب بتحفظات صريحة أو ضمنية . كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع احتفاظه بحقه فى تعديل هذا الثمن تبعا لتغير الأسعار، إذ يكون إيجابه بالثمن الذى عينه ملحوظا فيه أنه يتغير بتغير الأسعار . وكأن يعرض شخص التعاقد على الجمهور بشأن سلعة يحدد ثمنها وتكون كميتها محددة ، أو بشأن أماكن فى مسرح أو سينما ، إذ يكون إيجابه ملحوظا فيه ضمنا أن للكمية أو الأماكن قد تنفذ . ففى مثل هذه الحالات يتقيد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات .

٣- فإذا خرج للطرفان من دور المفاوضة ولم يكن هناك تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات . فإذا صانف هذا قبول مطابق تم العقد (١).

١٣٤- تطابق الإيجاب والقبول :

يبدأ التعاقد بأن يعرض أحد الطرفين على الطرف الآخر الارتباط بأمر معين بشروط معينة ، وهذا هو الإيجاب . فإذا رفض الطرف الآخر هذا الإيجاب لم ينعقد بينهما عقد . وإن رد عليه بأنه اقترح تعديلا فيه ، فلا يعتبر رده قبولاً بل يعتبر إيجاباً جديداً منه للطرف الآخر ، فلا ينعقد بذلك أيضاً عقد . وإن قبل ما عرض عليه أولاً أو قبل للطرف الآخر التعديل المقترح ، كان ذلك قبولاً ينعقد به العقد . فلا بد في توافق الإرادتين من مطابقة القبول للإيجاب كل المطابقة (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب لما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررت من انتفاء حصول الاتفاق

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٦٧ .

على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصا سابقا من العبارات المتبادلة بين طرفي الخصومة في مجلس القضاء وكان لارقابة في ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ تطبيقه " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٩)

٢- " البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعتد إلا بتلقى الإيجاب والقبول على حصوله ، ولما كانت الشركة المطعون ضدها الأولى وجهت في ١٥/٧/١٩٧٦ إعلانا إلى مستأجري عقاراتها ضمنته إيداء رغبتها في بيع العقارات لهم وفقا للشروط المبينة بهذا الإعلان ، وعلى فرض أن تلك الدعوة توفرت لها كل المقومات التي يتطلبها القانون للإيجاب الملزم ، فإن يتعين أن يكون المتعاقد الآخر - المشتري مستأجرا للعقار المبيع ، إذ أصبحت شخصيته مقصودة وحل اعتبار في التعاقد ، ومن ثم فلا يعول على للقبول الصادر من غير مستأجر ولا يعتد به البيع ، كما لا يجوز إلزام الشركة بأجرائه إن هي رفضته الخ " .

(طعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩)

١٣٥- وجوب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب :

يجب لتوافر قبول التعاقد أن يكون القبول صادر ممن وجه إليه الموجب إيجابه بالتعاقد . فإذا كان الإيجاب موجهاً إلى الجمهور أمكن أن يصدر التعبير عن القبول من أى شخص . أما إذا كان الإيجاب قد وجه إلى فرد معين ، فإن التعبير عن القبول يجب أن يصدر من هذا الفرد دون سواه . ذلك أنه حيث يوجب الموجب على نفسه التعاقد إذا قبله الشخص الذى وجه إليه إيجابه ، فإن هذا الإيجاب يكون معلقاً على صدور التعبير عن القبول من هذا الشخص ، بحيث إذا ما عبر شخص آخر عن اتجاه إرادته إلى التعاقد مع الموجب بالشروط التى ضمنها تعبيره عن إيجابه ، لم يكن من الممكن القول بأن إرادته تتجه إلى ما اتجهت إليه إرادة الموجب الذى لم تتجه إرادته إلا إلى التعاقد مع من وجه إليه إيجابه.

وإذا كان الإيجاب موجهاً إلى عدة أفراد معا ، كمن يوجه إلى باقى شركائه فى مال شائع إيجاباً بعقد شركة بينهم يساهم كل منهم بربيع رأس مالها مثلاً فوجه بعضهم قبولاً للتعاقد دون الآخرين ، فإذا كانت عبارات الموجب لا تتضمن ما ينفى أن إرادة الموجب قد اتجهت إلى تعليق إيجابه على قبول جميع من وجه لهم، فإن تعبير بعضهم على اتجاه إرادته إلى التعاقد بالشروط التى حددها الموجب

لايعد تعبيراً عن القبول يتحقق به التراضى ، لأن الموجب لم يوجب على نفسه التعاقد إلا مع كافة من وجه إليهم إيجابه. أما إذا تضمن التعبير عن مثل ذلك الإيجاب ما ينفى إرادة الموجب إلى تعليقه على قبول كافة من وجه لهم إيجابه ، فإن تعبير بعضهم عن اتجاه إرادته إلى التعاقد بالشروط الذى تضمنها ذلك الإيجاب يعد تعبيراً عن القبول بحيث ينعقد العقد بين من صدر عنهم هذا التعبير والموجب بالرغم من عدم قبول باقى من وجه إليهم الإيجاب^(١).

١٣٦- العرض الموجه للجمهور :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم (١٣٣) يجرى على أن : "١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً.
٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض".

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً نهائياً ، وهذا هو حكم الفرض الأول من الفرضين اللذين يتناولهما النص . على أنه

(١) جلال العلوى ص ١٠٠ ومابعدها .

يجدر الإلفات إلى أن ذاتية البضائع لا ينبغي أن تعلق عليها أهمية خاصة ، فالتاجر أن يسلم المشتري بدلا من السلعة المعروضة سلعة أخرى تماثلها تمام المماثلة .

أما فيما يتعلق بالفرض الثاني ، فإذا لم يكن ثمة ما يفيد توجيه إيجاب بات جاز اعتبار السعر مجرد دعوة إلى التفاوض. بيد أن هذه الدعوة ترتب آثارا قانونية : فهناك أمر استتبع قيام حالة من شأنها أن تستحث الناس على أن تتقدم بالإيجاب ، فإذا رفض صاحب الدعوة أن يتعاقد ، ولم يكن لهذا الرفض سبب مشروع جاز أن يعتبر الرفض تعسفيا يستوجب التعويض . وقد تناول المشروع هذا الحكم في نص لاحق " .

وعند نظر المادة في لجنة المراجعة اقترح حذفها " لعدم الحاجة إليها إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه " . فوافقت اللجنة على ذلك (١).

وبالترتيب على ذلك فإن حذف هذا النص لا يمنع من تطبيق الحكم السوارد به . ومن ثم فإن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد لا يعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثل ذلك الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام. مرئية كانت أم صوتية . وكذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤١ الهامش .

إرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها ، كل ذلك لايمدو فى الأصل أن يكون مجرد سبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل . فهو إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض ، وليس إيجابا به . وذلك بالضرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " طرح مناقصة توريد أشياء على أساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لايعتبر إيجابا فى صحيح القانون إنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد ، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطاءه بالشروط المبينة فيه ، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٧)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لايعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجابا فالتقدم فى مناقصة بعطاء بالشروط المبينة فيه يعتبر إيجابا ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة هذا الإيجاب " .

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٢٤ .

١٣٧- الدعوة إلى التعاقد إذا كانت شخصية التعاقد معه محل اعتبار :

يعد من قبيل العرض الذى لايعتبر إيجابا ، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو بين صاحب العرض أركان التعاقد أن تكون شخصية التعاقد معه محل اعتبار حيث يكون لصاحب العرض أن يميز من يريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص .

فمثل هذا الإعلان ، لاينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل ، بل على مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها . كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهلات المطلوبة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين ، والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجابا هو أن صاحب الإعلان لايقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، هو بالإعلان الذى أجراه يدعو للناس إلى التقدم إليه ، ليميز من بينهم من يشاء^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٢٤ . ومابعدهما .

مادة (٩٠)

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون بتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود .

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

الشرح

١٣٨- التعبير عن الإرادة :

اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني هو في ذاته مسألة نفسية لايعنى بها القانون إلا إذا أعلن عنها ، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة . فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجى المحسوس فالتعبير عن الإرادة إذن هو الإعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان إعلانا عن إيجاب أو قبول أو إرادة منفردة أو غير ذلك . وقد ذكرت الفقرة الأولى من المادة أربعة طرق يمكن التعبير

بها عن اتجاه الإرادة هي :

١- اللفظ .

٢- الكتابة .

٣- الإشارة المتداولة عرفا .

٤- اتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود .

ويصح التعبير عن الإرادة بأحد هذه الطرق ، ما لم يستلزم القانون في حالات محددة أن يكون التعبير بوسيلة معينة غالبا تكون هي للكتابة .

ونعرض لهذه الطرق فيما يأتي :

١- التعبير باللفظ :

المقصود بالتعبير باللفظ ، التلفظ بأى ألفاظ يدل معناها لغة أو عرفا أو بحسب ظروف التعاقد على اتجاه الإرادة ، إلى إيجاب أو قبول فى التعاقد سواء كان من تلفظ بهذه الألفاظ هو الموجب أو القابل نفسه أو مجرد رسول عنه ^(١).

٢- التعبير بالكتابة :

يصح أن يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة . سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أو مكتوبة على الآلة للكتابة ، وسواء أجاغت فى سند أو رسالة أو إعلان ، وسواء أكان العقد عرفيا أم رسميا . موقعا عليها أو غير موقع عليها .

٣- التعبير بالإشارة المتداولة عرفا :

يصح أن يكون التعبير بالإشارة المتداولة عرفا ، وهى إشارة تعارف الناس على معنى خاص لها ، كهز الرأس عموديا دلالة على القبول ، أو هزها أفقيا أو هز للكتفين دلالة على الرفض

(١) أحمد حشمت أبو سفيث ص ٧٥ - جلال العلوى ص ١٠٤ .

ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفا تداولاً لاثير شكاً في حقيقة مدلولها، وبطبيعة الحال فإن تعبير الأخرس بالإشارة المتعارف عليها هو تعبير صريح من جانبه .

ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام، كما إذا أعطى شخص جنبها لبائع الصحف فنأوله الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت اسم " تعاقد المعاوضة " .

٤- التعبير باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود :

يتم التعبير فى النهاية باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود. كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقاً عليها الثمن ، وكما إذا وقفت سيارة الأجرة فى انتظار من يريدّها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى للجمهور تلقائياً خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كالألات التى تقدم فى بعض البلاد للمشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية.

١٣٩- التعبير الصريح والتعبير الضمنى :

ليس هناك مظهر خاص يتحتم أن يتخذ التعبير عن الإرادة ، إذ القاعدة فى التعبير أنه لا يخضع لشكل ما . وهذا هو مقتضى مبدأ

الرضائية . فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي تحلوه ، ولايهم بعد ذلك نوع للوسيلة مادامت أنها تعبر عن الإرادة .

ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة صريحا ، كما يكون ضمنيا ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٠ مدنى) .

والتعبير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، أى بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس .

فقد يكون هذا التعبير باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، أو باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته على حقيقة المقصود ، على النحو الذى ذكرناه سلفا .

أما التعبير الضمنى ، فهو الذى ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، أى بوسيلة لا تتفق والمؤلف بين الناس فى الكشف عن هذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير فى ضوء ظروف الحال .

مثل ذلك أن يبيع شخص شيئا عرض عليه لى يشتريه ، إذ أن هذا التصرف يدل على قبوله الشراء . وبقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتقعا بالعين للمؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه (م ٥٩٩ مدنى) إذ ينطوى هذا على إيجاب ضمنى من المستأجر بتجديد الإيجار وقبول ضمنى من المؤجر . وقيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة ، إذ يعتبر التنفيذ حينئذ قبولاً ضمنيا .

وليس هناك فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث القسمة . غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص ، مثل التصرفات الشكلية كالهبة . وقد يكتفى القانون بأقل من ذلك فيوجب أن تصدر من الشخص إرادة صريحة ، وذلك في الحالات التي تكتوى على بعض الخطورة . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٩٨ مدنى من أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً ، أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته . وما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من أنه إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد . وقد يقتصر القانون على ما دون ذلك فيقف عند حد التشدد في استخلاص التعبير الضمنى ، مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٤ مدنى من أن التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . فهذه درجات ينتقل القانون فيها من الشكلية إلى ما دونها بقليل أو كثير بحسب درجة خطورة التصرف ، وهى جميعها تعتبر استثناء يرد على الأصل الذى يسمح بالتعبير عن الإرادة بأية طريقة . وقد يتفق

المتعاقدان على أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلا خاصا ، وفى هذه الحالة يجب أن يكون التعبير فى الشكل المتفق عليه كما ذكرنا سلفا . وإذا تطلب القانون كتابة للإثبات فإن هذه الكتابة لا تعتبر مظهرا مطلوبيا للتعبير عن الإرادة ، وإنما هى طريق للإثبات . إلا أنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيда على حرية المتعاقدين فى اختيار طريقة التعبير عن الإرادة ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ (التي أصبحت برقم ٩٠) فقد أخذت عن المادة ١٠٧٩ من التقنين البرازيلى . وهى تتناول مسألة التفريق بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة . وهذه التفريق ليست بمجردة من الأهمية العملية ، فقد يستلزم القانون أحيانا ، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم فى بعض الفروض ، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانونى الذى يراد عقده . وبين مختلف المعايير التى تداولها الفقه فى هذا الصدد ، يوجد معياران ، هما أكثر هذه المعايير ذيوعا : أولهما : يحتكم إلى فكرة المؤلف وغير المؤلف فى أسلوب التعبير أو فى طريقته . ويرى أصحاب هذا المعيار أن للتعبير يكون صريحا ، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب للمؤلفة ، ويكون على

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٣ ومابعدهما .

النقيض من ذلك ضمنيا ، إذا لم يكن أسلوب الإقصاص ، من بين الأساليب التى ألف استعمالها فى هذا الشأن ، بحيث لايتاح استخلاص دلالة التعبير فى الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما المعيار الثانى فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحا أو ضمنيا تبعاً لما إذا كان مباشرا أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل ، إن لم يكن معدوما . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، فى الغالب ، بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شىء ، فقد أثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن المحقق أن اتخاذ موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإقصاص عن الإرادة لا يستتبع حتما أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك فى بعض الفروض ، ما قد يعتبر أسلوبا مباشرا مألوفا فى الإقصاص عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحا^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٥ .

مادة (٩١)

ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك .

الشرح

١٤٠- متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ؟

لاينتج التعبير - أيا كان المعبر عنه ، إيجابيا أو قبولا. أو غيرهما ، وسواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا ، ومهما تكن وسيلته - أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه .

فالإرادة يصبح لها وجود مادى أو كيان ذاتى بمجرد صدورها أى بمجرد التعبير عنها . وهذا الوجود المادى لاينقلب إلى وجود قانونى إلا بوصول التعبير إلى علم من وجه إليه . وإن كانت العبرة بطبيعة الحال هى بالوجود القانونى ، إذ هو وحدة الذى يرتب الأثر القانونى للتعبير ، وهو ما تعينه المادة بقولها " ينتج التعبير أثره " ، فإن للوجود المادى للتعبير وانفصاله عن شخص صاحبه فائدته من حيث قيامه رغم موت موجهه أو فقد أهليته كما سنرى .

ولا تظهر أهمية تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا فى التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد فى هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو

تنقص ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه ، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما في المتعاقدين الحاضرين ، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه ، فلا يظهر في العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يتمان في هذه الحالة في نفس الوقت .

وغنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا في مجال إبرام العقود . فهو لا يكون في حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لا يوجد إلا طرف واحد هو الذى يصدر منه التعبير ، ولا يوجد غيره يوجه إليه التعبير . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، في هذا المجال الأخير بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما لم يظهر منه أنه يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ذهب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وإيداء رغبته له فى الشراء واستعداده

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٠٨ .

لنفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفي هذه للقرينة " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

٢- " مؤدى المادتين (٩١، ٩٣) من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لايلزم الموجب إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لايزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لايملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه . وعلى ذلك فمتى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه للموجه إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطنان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لايصبح نافذ الأثر بين الطرفين إلا بعد موافقة مجلس إدارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة إشهار مزاد بيع الأطنان لحين إيلاعه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه . فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب . فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذ الأثر فى حق الموجب لايجوز العدول عنه أو تعديله حتى ثبت

الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض وذلك عملا بنصوص الطلب ونزولا على حكم المادتين (٩١، ٩٣) المشار إليهما ولايجدى الموجب التمسك بأن الموافقة المعتبرة فى إتمام التعاقد هى موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفى الشركة مادام أن النزاع يدور فقط حول معرفة من الذى نكل من الطرفين عن إتمام التعاقد لأن مجال البحث فى هذا الذى يتمسك به الموجب هو فى حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذه .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٢٤ قى جلسة ١٠/٤/١٩٥٨)

١٤١- إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه :

تقضى القواعد العامة بأن من يدعى اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، يقع عليه عبء إثبات ذلك باعتباره مدعيا ، إلا أن المادة (٩١) أقامت قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلا على علم هذا به ، ما لم يثبت العكس .

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصوله إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه . فإذا ادعى من وجه إليه التعبير عدم علمه بالتعبير كان له ححض القرينة التى تقيمها المادة بجميع طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن . كما إذا أفلح مثلا فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجدا فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأى سبب

آخر (١). بل إنه إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولاً من الموجب له ، فإنه لا يكفي الأول ، في سبيل الحاجة بعدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه أن يثبت أيضاً أن انتفاء علمه به لا يرجع إلى خطأ يعزى إليه . فما دام هو قد أوجب بالعقد ، فإن ظروف الحال تقتضى منه أن يترصد بالرد عليه ، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به ، وكان ذلك راجعاً إلى خطأ يعزى إليه ، ما كان له أن يحاج بجهل هو المسئول عنه (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه يعتبر قرينة على العلم به إلا إذا أثبت أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه . وإذا كان للثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة المطعون ضدها قد أرسلت للطاعن إخطاراً بالبريد المسجل على موطنه المختار المبين بالعقد مفصحة عن إرادتها في عدم تجديد التعاقد لمدة أخرى ، وأن الطاعن هو الذى تسبب بخطئه

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٠ - عبد المنعم الصده ص ٩٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٠٩ وما بعدها .

فى عدم العلم بمضمون هذا الإخطار عند وصوله حيث ترك موطنه المختار المبين فى العقد دون أن يخطر الشركة المطعون ضدها كتابة بتغييره ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أعمل الأثر القانونى لهذا الإخطار من وقت وصوله إلى الموطن المختار ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

٢- " مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لايرجع إلى خطأ منه " .

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ قى جلسة ١٩٨٢/١/١٩)

مادة (٩٢)

إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

الشرح

١٤٢- أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :

كان القانون للقديم يعم في الأخذ بالإرادة الباطنة إذ كان يربط بين التعبير والشخص الذى أصدره ، فإذا مات هذا الشخص أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره سقطت الإرادة والتعبير وامتنع أن يترتب عليهما أثر .

أما القانون المبنى الجديد ، وهو يأخذ من الإرادة الظاهرة بنصيب أوفر ، يأخذ بالتالى بمبدأ استقلال التعبير ، بمعنى أنه إذا صدر التعبير انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتى مستقل . فالتعبير عن الإرادة يكون له وجود مادي من وقت صدوره ، ويبقى له هذا الوجود حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته ، فإذا وصل إلى علم من وجه إليه استكمل وجوده القانونى وأصبح صالحا لأن ينتج أثره رغم هذا الموت أو فقد الأهلية .

ولبيان أثر الموت أو فقد الأهلية على أثر التعبير عن الإرادة يجب التفريق بين ما إذا كان المتوفى أو فاقد الإرادة هو الموجب أو القابل -

« - حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو الموجب :

انقسم الرأى فى هذه المسألة إلى رأيين . رأى يذهب إلى أن الإيجاب يبقى ، فإذا أوصل إلى علم من وجه إليه أنتج أثره ، إذ يستطيع هذا الأخير أن يقبل ، ولكن هذا القبول لا يؤدى إلى تمام العقد ، لأن القبول بعد صدوره يوجه من القابل إلى الموجب بمقتضى حكم المادة ٩١ منى ، وهنا الموجب قد مات أو فقد أهليته ، ولهذا لا ينعقد العقد ^(١) .

بينما يذهب رأى ثان إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه ، وأنه إذا قبل هذا الأخير فإن العقد يتم رغم موت الموجب أو فقد أهليته ، لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى العلم بالقبول طبقا لحكم المادة (٩١) ويرتبطون بالعقد ^(٢) .

وهذا الرأى الأخير هو الذى نرى الأخذ به . لأنه لا قيمة للقول بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره رغم موت من صدر منه أو فقد

(١) السهورى ص ١٥٥ ومابدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٣ -

أحمد حشمت أبو سنيت ص ٨٢ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٩٥ .

لأهليته إذا كنا لانسلم بتمام العقد فى هذه الحالة فالتسليم بتمام العقد حينئذ هو الذى يتفق مع النص ، لأن للرأى الآخر يودى إلى إهدار الإيجاب فى نتيجته . ودور الورثة حين يصل إليهم القبول يقتصر على مجرد العلم بتعبير هو تسليم بما صدر عن مورثهم لاسيما وأن هذه المسألة لاتظهر أهميتها إلا فى التعاقد بين غائبين . فإذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد فلا يثور إشكال من هذا القبيل لأن القبول يصدر فور الإيجاب أو بعده بقليل . وإذا كان الإيجاب بين غائبين ولم تكن هناك مدة صريحة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلالها ، فإن هذه المدة تكون ضمنية (٩٣٣ مدنى) لأن للمعقول الذى يمكن استخلاصه من الظروف فى هذه الحالة أن يكون الموجب قد أراد ضمنا أن يبقى على إيجابه المدة اللازمة لوصول الرسالة وتلقى الرد . ومعنى هذا أن يكون الإيجاب ملزما للموجب خلال هذه المدة . فإذا مات الموجب أو فقد أهليته انتقل هذا الالتزام إلى الورثة أو تقيده به من يمثل الموجب . فإذا وصل القبول إلى علم هؤلاء فى حدود هذه المدة تم العقد ، وهذه نقطة لاختلاف فيها حين يكون الإيجاب ملزما .

(ب) حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو القابل :

إذا كان الشخص الذى مات أو فقد أهليته هو القابل بعد أن صدر منه القبول . كما إذا كتب زيد ل بكر يعرض عليه أن يبيعه

سلعة ، وأرسل بكر يردده متضمناً قبوله ، ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد . فهذا يبقى تعبير بكر قائماً ، وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد ، أى أنه ينهض عندئذ قبولاً . ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط فإن قبول بكر يقترن به فيتم توافق الإرادتين ^(١).

غير أن العقد لا يتم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبين هذا القصد فى إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المغفود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٣ - عبد المنعم الصده ص ٩٥ .

(٢) السنهورى ص ١٥٦ - وكان نص المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدي المقابل لنص المادة ٩٢ منى يسوى بين موت أو فقد أهلية من صدر منه أو من وجه إليه للتعبير . إذ كانت المادة تنص على أن : " لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة للتعامل " .

وقد جاء عن هذه المادة بمفكرة المشروع التمهيدي أنه : " ١ - يقضى للنص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم للتعبير عن الإرادة . فالالتزام

بالإبقاء على التعبير، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائما بعد الموت
أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أى للترام آخر . فإذا كان التعبير عن
الإرادة إيجابيا وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجب القبول
بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه .

ويراعى من ناحية أخرى ، أن التعبير عن الإرادة لا يسقط كذلك بوفاة
من وجه إليه أو بفقد أهليته قبل القبول ، وإنما يكون لورثة المتوفى أو
ممثلى فاقد الأهلية ، فى هذه الحالة ، أن يقوموا مقامه فى القبول .

٢- " وجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما ، لا يتأثر هو أيضا
بالموت أو بفقد الأهلية، سواء أكان من مات أو فقد أهليته هو الطرف
الذى صدر منه الإيجاب ، أم الطرف الذى وجه إليه . وغنى عن البيان،
أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه ، إذا حدثت الوفاة أو
طرا فقد الأهلية قبل وصول التعبير " .

٣- " وقد جرى القضاء المصرى على أن موت الموجب ، أو فقد
أهليته، قبل القبول ، يستتبع سقوط الإيجاب (استئناف مصر ٩ مارس
سنة ١٩٢٠ ، المحاماة ص ٤٤٩ ، وطنطا ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مج و
٣٢ ص ٣٠٥) . وليس مذهب هذا القضاء سوى نتيجة منطقية لمبدأ
تجرد الإيجاب من قوة الإلزام فى القانون المصرى، ولم يكن بد من أن
يؤدى النزاع للمبدأ نفسه إلى سقوط التعبير عن الإرادة أيضا ، إذا مات
من وجه إليه أو فقد أهليته. واستثناء من هذا المبدأ نصت المادة ٧٢/٥١
من القانون المصرى على أنه "يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة
الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا
للقبول يصح قبولها عن يقوم مقامه " وترد علة هذا الاستثناء إلى
خصائص الهبة " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٩ ومابعداها) .

ونورد فيما يلى المناقشات التى دارت حول المادة :

المشروع فى لجنة المراجعة

تليت للمادة ١٢٦ من المشروع .
وأثيرت المسألة الآتية : هل لو مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إليه يسقط التعبير ؟
فأجاب معالى السنهاوى باشا إن التعبير عن الإرادة عند صدوره يكون موجودا ولكنه لا ينفذ إلا بالعلم به . فإذا صدر تعبير ومات صاحبه أو فقد أهليته قبل نفاذ التعبير وجب أن نقول إن التعبير قد سقط بالموت أو فقد الأهلية . أما إذا كان الموت أو فقد الأهلية قد حدث بعد العلم به فإنه يصبح نافذا ولا يسقط بالموت أو فقد الأهلية - فينبغى إذن أن يعدل صدر المادة على الوجه الآتى : " لا يؤثر فى نفاذ التعبير عن الإرادة " بدلا من " صحة التعبير " .

فسأله أحد الأعضاء : هل ميعاد القبول يبدأ سريانه من وقت وجود التعبير أو من وقت نفاذه ؟

فأجاب الرئيس : يبدأ سريانه من وقت النفاذ وهذا هو المعقول لأن الطرف الذى وجه إليه التعبير لم يكن عالماً به إلا من ذلك الوقت .
ثم لاحظ الأستاذ الشورى بك أنه لو سلمنا بأن موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته لا ينبغى أن يؤثر فى نفاذ التعبير فوجسنا ألا نسلم بهذا الحكم بالنسبة لمن وجه إليه التعبير فإذا مات هذا أو فقد أهليته قبل أن يقبل ينبغى أن يسقط التعبير ولا تقوم وراثته مقامه فى القبول .

ودارت مناقشة طويلة حول هذه النقطة ، واستقر الرأى فى النهاية على أن يؤخذ بوجهة نظر الأستاذ الشورى بك وأن تحذف عبارة " من وجه إليه " على أن يكون مفهوما أنه فى حالة الهبة إذا مات من وجهه إليه الإيجاب بالهبة أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه تصريح بالقبول اعتبر السكوت فى هذه الحالة قبولا تتم به الهبة طبقا لأحكام المادة ١٤٢ ، ولا يقوم إشكال فى هذه المسألة من ناحية جواز قبول الورثة مكان المورث (راجع المادة ٥١ من القانون المبنى الحالى) .

ثم لاحظ أحد الأعضاء أن عبارة " ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين " في حاجة إلى تعديل لأن العكس في هذا الفرض لا يمكن استخلاصه إلا من إرادة من صدر منه التعبير لا من إرادة الطرفين معا فالواجب إذن أن يعدل النص بهذا المعنى .

وبعد المناقشة وافقت اللجنة على كل هذه التعديلات وأصبح النص في صيغته النهائية هو الآتي :

" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمن من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " .
وأصبح رقم المادة ٩٤ في المشروع النهائي .

المشروع في مجلس النواب

وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ .

المشروع في مجلس الشيوخ

مناقشات لجنة القانون المدني :

محضر الجلسة الثامنة والأربعين

عرضت اللجنة للمادتين ٩٤ ، ٩٥ وكانت قد حذفت الفقرة الثانية من المادة ٩٥ ، وقد طلب معالي المندوب باشا إعادة هذه الفقرة للسبب الذي سبق أن شرحه عند بحث المادة ٩٣ ، ووافقته اللجنة على ذلك .
وقد علق معاليه على المادة ٩٤ بقوله أن النظرية الحديثة تقيد أن الإرادة لا تموت ، أو لا تنجم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه بخلاف النظرية القديمة التي تقول أن الإرادة مظهر نفسي يموت بموت الشخص .
قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على المادتين ٩٤ ، ٩٥ من غير تعديل .
وأصبح رقم المادة ٩٢ .

محضر الجلسة الستين

اقترح مساعدة توفيق دوس باشا تعديل المادة ٩٢ إلى النص الآتي :

" ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه " .

وقال سعادتته إن النص للمقترح أفضل من نص المشروع الذى يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا لأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية . إذ قد لا يتمسك للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة .

قرار اللجنة :

لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته، ولا يبقى بعد ذلك من سند الاقتراح إلا الإبقاء على المألوف الذى لا يستند إلى أساس فقهي أو منطق سليم بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي وهذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

محضر الجلسة الثانية والستين

المادة ٩٢ - يقول حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام إن حكم المادة ٩٢ يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا فلا يجوز الخروج عليه لمجرد متابعة نظرية الإرادة المنفردة لما يترتب على ذلك من ضرر يلحق ورثة المتوفى أو فاقد الأهلية إذ قد لا يتمسك للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة فأولى أن تبقى القواعد المرعية فى هذه المعاملة من أن تستبدل بها أوضاع غير مألوفة فى مصر يتطلب فهمها الرجوع إلى مصادر أجنبية. ولذلك فحضراتهم يقترحون أن يستبدل بالمادة ٩٢ للنص الآتى :
" ينقضى أثر التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه " .

وقد طلب حضرة مندوب الحكومة رفض الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب

حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقد أهليته وذكر حضرته أنه ليس لهذا الاقتراح من سند إلا الإبقاء على المألوف ولكن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي لأن هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

قرار اللجنة :

عدم الأخذ بالاقتراح .

ملحق تقرير اللجنة :

اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتي : (ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه) لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في مصر وفرنسا ، ولأنه قد يقضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية (إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة) . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحا ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقد أهليته ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف، ولكن اللجنة راعت أن هذا (المألوف) لا يستند إلى أساس فقهي أو منطق سليم . بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ومثل هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

مناقشات المجلس :

وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٢ وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حق الشريك في إقرار عقد للقسمة الذي لم يكن طرفاً فيه يظل قائماً له ما بقيت حالة الشبوع ويكون لورثته من بعده ، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقلها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ، ولاحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، ومن ثم فإنه لا ينقضى بموت ذلك الشريك " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

مادة (٩٣)

- ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد .
- ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

الشرح

١٤٣- تعيين ميعاد القبول :

إذ عين الموجب ميعادا للقبول ، فإن هذا الإيجاب يكون ملزما بذاته ، ولا يجوز للموجب الرجوع عن هذا الإيجاب قبل انقضاء الميعاد المحدد ، ويكون أساس التزام الموجب في هذه الحالة هي الإرادة المنفردة .

وإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء هذا الميعاد ، فإن رجوعه لا يترتب عليه أى أثر ، بل يظل الإيجاب قائما بحيث إذا صادفة قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد. فهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه في هذه الحالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يظل الموجب مرتبطا بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول ، متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح

الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً .

وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد. وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب ، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب، عند انقضاء الميعاد ، يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق.

وغنى عن البيان أن الإيجاب المأزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين ^(١).

١٤٤- الميعاد الصريح والميعاد الضمنى :

قد يكون الميعاد المقترن بالإيجاب ميعاداً صريحاً كما قد يكون ضمناً وقد عبرت الفقرة الثانية من المادة عن الميعاد الضمنى بقولها : " وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " .

فالميعاد الصريح يكون بتحديد الميعاد صراحة بمدة معينة كاسبوع مثلاً أو شهراً أو غير ذلك .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٦ .

أما الميعاد الضمنى ، فهو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة . فإذا عرض شخص أن يبيع شيئا تحت التجربة فإن هذا الإيجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طول المدة اللازمة للتجربة ، وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى .

وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعادا صريحا للقبول فإن الموجب يبقى ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر . وفى هذه الصورة أيضا يوجد ميعاد ضمنى تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها ، وذلك فى حدود ما قدر من وقت لوصول الرسالة وتلقى الرد . فإذا تأخر وصول هذا أو تلك فإن الموجب لا يلتزم إلا فى حدود المدة المقدرة لهذا الوصول . وإذا تقدم شخص بعبء فى مناقصة فإنه يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى الوقت الذى تقضى فيه المظاريف ، لأن الإيجاب فى هذه الصورة يقترن بميعاد ضمنى هو الوقت الذى حدد لإرساء المناقصة^(١).

(١) عبد المنعم للصدء ص ١٠٤ ومابعدها- عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٥١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحيان صريحا ، ولكن قد يقع أحيانا أن يستفاد هذا التحديد ضمنا ، من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب ، بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عاجها المشروع فى المادة التالية ، فقضى بأن يبقى الموجب ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسبا لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٧ .

والمحكمة وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولائتريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا، كما أنه لا على المحكمة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا العقد .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

١٤٥- حالة عدم تعيين ميعاد للقبول :

إذا لم يتضمن الإيجاب تحديد موعد للقبول فإنه يكون غير ملزم. فإذا كان لايجمع الموجب بمن وجه إليه الإيجاب مجلس واحدا لا حقيقة ولاحكما ، فإن هذا الإيجاب يسقط بأحد سببين .

أما السبب الأول ، فهو رجوع الموجب عن إيجابه بشرط أن يصل هذا الرجوع إلى علم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب. ذلك للتعبير عن ذلك الرجوع باعتباره تعبيراً عن الإرادة لاينتج أثره طبقاً للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٩١ منى إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ولهذا إذا كان التعبير عن القبول قد وصل إلى علم الموجب قبل أن ينتج التعبير عن الرجوع أثره ، فإنه العقد يكون قد انعقد لأن التراضى

يستحق بمجرد اتصال التعبير عن القبول بعلم الموجب ، ولا يمكن بعد تحقق التراضى وانعقاد العقد أن يسحب للموجب إيجابه الذى ارتبط بالقبول ارتباطا لا يمكن بعده الفصل بينها .

وأما السبب الثانى لسقوط مثل ذلك الإيجاب ، فهو رفضه ممن وجه إليه ، سواء أكان هذا الرفض، رفضا محضا أو رفضا مقيدا ، رفضا صريحا أو ضمنيا ^(١).

(أنظر حالة خاصة لسقوط الإيجاب فى شرح المادة ٩٩ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقي الإرادتين ومن ثم لا فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التوصل منه أو التحلل من آثاره " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٨ فى جلسة ١٨/٤/١٩٦٣)

(١) جلال على الحوى ص ١٢١- عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٣٣ ومابعدهما.

مادة (٩٤)

١- إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢- ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد .

الشرح

١٤٦- المقصود بمجلس العقد :

مجلس العقد هو الذى يكون التعاقد فيه بين حاضرين وأن يكون الطرفين على اتصال مباشر ، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به .

ويستحق ذلك عادة باجتماع الطرفين فى مكان واحد ، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة .

وقد يستحق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين إذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول فور صدوره إذا

كانا متصلين بطريق التليفون أو الإنترنت أو بطريق مماثل، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما .

ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشغلين بالتعاقد وينقض إذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظلا يجمعهما مكان واحد ^(١).

١٤٧- تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا في مجلس العقد :

إذا جمع المتعاقدين مجلس واحد أى إذا اتحد المجلس حقيقة أو حكما ، فالأصل أن من يوجه إلى الطرف الآخر إيجابا لم يعين فيه ميعادا للقبول ، أن يصدر من الآخر قبولا فوريا بمجرد صدور الإيجاب . فلا يفصل وقت بين الإيجاب والقبول وإلا كان للموجب أن يتحلل من إيجابه ويعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فسقط.

وفى هذا من الضيق والخرج مالا يخفى . ولذلك خفف القانون من حدة الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائما مادام مجلس العقد لم ينقض بالتفصيل السابق .

وإذن فليس من الضروري أن يكون القبول فورا ، بل يجوز أن يسبق الموجب له يتبر الأمر شيئا من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحا بشرطين :

(١) عبد المنعم الصده من ١٢١ ومابعدا .

(الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد .
فإذا انصرف أى منهما إلى شئ غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض
وسقط الإيجاب .

(الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه
أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الإيجاب خلالها ملزما
عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديده وينبغى
التمييز فى هذا المقام بين صورتين :

(أ) فيلاحظ أولا أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن
يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر
بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص
حاضر .

وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة
حكيمة . فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور العقد ،
إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن
إيجابه الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد روى من المفيد

(١) السنهورى ص ١٧٨ - عبد المنعم الصده ص ١٢٢ .

أن يأخذ المشروع في هذه الحدود ، بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد .

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه ، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون إرجاء لاثبرره للظروف وللموجب أن يفترض أن إيجابه به قد وصل فى الميعاد المقرر لوصوله^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٢ .

مادة (٩٥)

إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

الشرح

١٤٨- اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية فى العقد :

قد يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، ولكنها يحتفظان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولا يشترطان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ومع ذلك فإن العقد يعتبر قد تم .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

١٤٩- الاتفاق على الشروط الجوهرية لانعقاد العقد :

لم يحدد النص المقصود بالشروط الجوهرية لانعقاد العقد . وأثناء عرض مشروع المادة على لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر

دقيق فى بعض الأحوال فلا يحسن تركه لتقدير القاضى خشية التحكم . إلا أن اللجنة لم توافق على ذلك ^(١).

ويجب أن يتم تحديد المسائل الجوهرية بمعيار موضوعى وبمعيار شخصى .

والمقصود بالمعيار الموضوعى هو ضرورة توافر الاتفاق على ما يعتبر من الأركان اللازمة قانونا لاتخاذ العقد وهى التراضى والمحل والسبب ، وبالإضافة إلى ذلك يجب توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة ، فإذا كان العقد إجارا فإن المسائل الجوهرية تشمل العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وبإسراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد جعل من " طبيعة الموضوع " عنصرا من عناصر التوجيه ، التى يسترشد بها القاضى فى إكمال العقد ، وقد اقتبس هذه العبارة من المادة الثانية من تقنين الالتزامات السويسرى " ^(٣).

وقد رفضت محكمة النقض انعقاد البيع فى حالة عدم الاتفاق على العين المبيعة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٧ .

(٢) لستهورى ص ١٨٢ - المستشار محمد شتا ص ٤٩٦ ومابعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٧ .

إذ قضت بأن :

١- " متى كان للحكم قد حصل تحصيلاً سائفاً أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تكنه باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع فلا يقبل النعى عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى ."

٢- " متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحاً ففى الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التى ارتضاها و كان المتمسك بهذا الإقرار ينازع فى انعقاد البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقي الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٩)

أما المعيار الشخصى ، فيكون خارج إطار أركان العقد الجوهرية ليشمل المسائل التى تكون جوهرية بالنظر إلى طبيعة وظروف العقد وللتعاقد . وتكون المسألة جوهرية إذا كان هناك ما يفيد أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها ويكفى لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى الإرادة الفردية لأحد أطرافه ولكن سرعان ما يتقارب الاتجاهان إذا أدخلنا الاتجاه الثانى حيز التطبيق فإذا كان يكفى الاعتداد بإرادة أحد

المتعاقدين لاعتبار المسألة جوهرية ، إلا أن تلك الإرادة لا يجب أن تظل أمرا نهائيا بل لابد من إظهار ذلك بصورة أو أخرى للطرف الآخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٩٥ من القانون المدني على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم " وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في بيانه لوقائع الدعوى نص قرار اللجنة العليا للإصلاح الزراعي - الذي احتج به الطاعنون على تمام عقد البيع - بقوله أنه " بتاريخ ١٢/٦/١٩٥٤ وافقت اللجنة العليا للإصلاح الزراعي على بيع ستة أفدنة للمستأنفين لقاء ثمن قدره ٣٥٠ ج للفدان مقسما على سبع سنوات مع تطبيق باقي الاشتراطات التي ترد في عقد البيع الذي يحرر بمعرفة الإدارة القانونية للهيئة " وأشار إلى المستندات التي تضمنها ملف الإصلاح الزراعي المرفق بالأوراق ومنها طلب كشف تحديد المساحة المقدمة صورة رسمية منه من الطاعنين وهو موقع عليه منهم بوصفهم مشترين ومن مندوب الحكومة عن الهيئة العليا للإصلاح الزراعي بوصفها بائعة ، ومنها أيضا كتاب إدارة الملكية والتعويض ردا على طلب الطاعنين

تحرير العقد النهائي الذى يتضمن أن " الهيئة ستقوم بإعداد عقد البيع النهائي والسير فى إجراءات تسجيله فور تسجيل قرار الاستيلاء على أطيان وقف ... التى تقع المساحة ضمنها " وكان قرار اللجنة المشار إليه قد تضمن فى عبارات صريحة تحديد طرفى العقد والعين المباعة والثلث - فإن الحكم المطعون فيه إذ رأى فى " تفسير قرار الهيئة سالف الذكر أنه لا يعدو أن يكون مشروع عقد بيع وأن عقد البيع لم ينعقد ، ذلك أن الهيئة علقت قرارها المذكور على تحرير عقد البيع بمعرفة الإدارة القانونية لها وبالشروط التى ترى هذه الإدارة ذكرها فى العقد ، ومادام هذا لم يتم فإن عقد البيع لا ينعقد " دون أن يتناول بحث مستندات الطاعنين التى أشار إليها ، ويقول كلمته فى دلالتها فى موضوع النزاع ، فإنه فضلا عن مسخه ماتضمنه القرار المشار إليه يكون مشوبا بالقصور .

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/١٦)

٢- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة للتأمة فى تفسير الاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أنى إلى نية عاقدتها مستهدية فى ذلك بظروف الدعى وملابساتها ولإرقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت لا تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارات الاتفاق . "

(طعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩)

١٥٠. الاحتفاظ بمسائل تفصيلية :

المقصود بالمسائل التفصيلية ، تلك التى لاتعتبر من المسائل الجوهرية فى العقد ، ومثل ذلك ملحقات الشيء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه ، ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين للمؤجرة ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة^(١) .

فليس من الضرورى لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر ، فإذا لم يتققا عليها واحتفظا بهذه المسائل يتفقان عليها فيما بعد دون أن يشترطا أن عدم اتفاقهما بشأنها يمنع من انعقاد العقد ، فإن العقد ينعقد باتفاقهما عليها فيما بعد ، وحتى إذا لم يتققا عليها فيما بعد فإن ذلك لا يؤثر على العقد ، ويتولى القاضى تحديدها كما سنرى^(٢) .

أما إذا ثار بين الطرفين خلاف حول هذه المسائل التفصيلية لم يصلا إلى حسمه أو فى الأقل لم يصلا إلى إرجاء حسمه إلى وقت نال ، فإن العقد كله لا يقوم مهما كانت المسألة التى ثار بشأنها الخلاف . فإذا انعقد رضاء البائع والمشتري مثلا على الشيء المبيع والثمن وكل شروط البيع الأخرى ، فيما عدا ما تعلق منها بوقت

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٦٢ .

(٢) أحمد حشمت أبو سبيت ص ١٠١ وما بعدها- عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٦٢ وما بعدها .

دفع الثمن فطلب البائع دفعه فوراً ، وصمم المشتري على أن يدفع جزءاً منه مهما قل في وقت تال مهما قصر فإن البيع في مجموعه لا يقوم .

وتحديد ما إذا كان الأمر المتفق عليه بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يمثل أمراً جوهرياً أم ثانوياً هو مما يتعلق بالتكليف ، ومن ثم فهو يكون من مسائل القانون ، يخضع قاضى الموضوع فى شأنه لرقابة محكمة النقض^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وأن لاعبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى العقد بعد تعيينه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون لأن مطلق البيع يفيد التزام المشتري بدفع الثمن المسمى ولأن المادة ٤٨٨ منى تجيز أن يكون العقد المشتل على الهبة موصوفاً بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يستترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية فإن كان العقد السائر بيعاً ولم ينص فيه على ثمن أو أبرئ المشتري من الثمن أو وهب له فالعقد هبة لاتصح قانوناً إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ قى جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٦٤ .

٢- "إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجئا إلى المحكمة للفصل فيه " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

١٥١- فصل المحكمة فى المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها :

إذا احتفظ المتعاقدان بمسائل تفصيلية يتم الاتفاق عليها بينهما فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، ولكنهما اختلفا عليها فيما بعد فإن القاضى هو الذى يفصل فى هذه المسائل طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . فإن اتفق المتعاقدان فى عقد البيع على المبيع والتمن والشروط الجوهرية الأخرى ، ولم يتفقا على مكان الوفاء بالتمن ، فإن القاضى يفصل فى هذه المسألة طبقا للمادة ١/٤٥٦ مدنى التى تنص على أن يكون التمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

وإذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة - التى لاتخضع لقوانين الإيجار الاستثنائية - وقيمة الأجرة ومدة الإيجار ،

ولم يبيننا من منهما يتحمل أجر البواب أو أجرة الخفر أو اشتراك المياه فصل القاضى فى هذه المسائل على ضوء العرف .

ويرى البعض أن مهمة القاضى فى هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم فى صنع العقد ^(١) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضا أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهاما ليبت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملازمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من مسائل .

(١) السنهورى ص ١٨٢ - عبد الملعم للصد هـ ١٠٨ وعكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٢ - فيذهب إلى أنه : " قد يقال بأن القانون الجديد بتحويله للقاضى مثل هذه السلطة الواسعة قد خالف أصلا مقررا ، هو أن القاضى ليس من وظائفه إنشاء العقود وإنما تفسيرها بغية إنفاذ حكمها فى المتعاقدين ، وهنا يكون للقاضى قد أسهم فى إنشاء العقد مخالفا ذلك الأصل . لكن لاملثل ذلك القول ، فإن عمل القاضى فيما نحن بصددده ليس إنشاء للعقد وإنما هو توسع فى سلطته من حيث التفسير ، وإن أدى ذلك إلى استكمال ما نقص من إرادة الطرفين . والذي يؤكد أننا مازلنا فى نطاق التفسير هو أنه لو اتضح أن إرادة الطرفين لم تقصد إلى إبرام العقد إلا إذا تم الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية لامتنع على القاضى تطبيق النص ولقضى بعدم انعقاد العقد .

ويؤيدون رأيهم بما جاء بمنكرة المشروع التمهيدى من أنه :
" وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل
التفصيلية التى أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها ،
وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير
إرادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٦ .

مادة (٩٦)

إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا^(١).

الشرح

١٥٢- اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه :

رأينا سلفا أنه لكي يتم العقد ، ينبغي أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة .

فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد ، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر .

(١) كانت هذه المادة ، كما وردت بالمشروع التمهيدى برقم (١٤١) تنص على أن : "١- يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، لأن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب، أن يخطر الطرف الآخر فورا بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخر " .

٢- إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا " - إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف الفقرة الأولى من المادة .

٥- " إذ كان إيجاب الطاعن قد تضمن شرطا يتعلق بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لايقبل زيادتها إلا باتفاق جديد وكان الثابت بالأوراق أن قبول الشركة للمطعون ضدها بإصدار أمر التوريد رقم ١٦ يتضمن تعديلا في مدة العقد بتقرير حق لها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها فإن مثل هذا القبول لإيجاب الطاعن يعتبر رفضا له ولايتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ويعتبر إيجابا جديدا منها رفضه الطاعن بكتابه إليها المؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠ ، فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الطرفين بموجب قبولهما المتمثل في أمر التوريد وقضى بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه يكون قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفة للثابت بالأوراق " .

(طعن رقم ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ في جلسة ٢٠٠١/١/٢٣)

- لم ينشر بعد -

مادة (٩٧)

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول .

الشرح

التعاقد ما بين الغائبين :

١٥٣- المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين :

المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين ، التعاقد الذى يتم بين طرفين لاجتماعهما مجلس واحد، وذلك بطريق من طرق المراسلة المختلفة، خطاب أو برقية أو رسول أو غير ذلك^(١).

وليس فى قواعد القانون ما يمنع من أن ينعقد العقد بين غائبين، فيرسل الموجب إجابته فى خطاب أو فى رسالة برقية أو على يد رسول ويرسل للقابل قبوله بإحدى هذه الطرق . بل إن إمكان الانعقاد على هذه الصورة نتيجة من نتائج مبدأ الرضائية الذى حرر الإرادة من القيود والأشكال .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٨ - حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات الكتاب الأول ١٣٦٢ هـ - ١٩٤٣م ص ١٠٤ وما بعدها .

المهم هو وجود إرادتين متطابقتين . أما الأشكال فلا يعتد بها . وحتى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون أشكالا معينة لاعتقاد بعض العقود كالهبة والرهن الرسمى فليس ما يمنع من اعتقاد هذه العقود بين غائبين مع مراعاة الأشكال المطلوبة ، طالما أن القانون يسلم بنظرية النيابة فيعقد التوكيل (بالهبة مثلا) فى الشكل المطلوب يتم يعقد العقد (عقد الهبة) بعد ذلك بين الوكيل والطرف الآخر (الموهوب له) ^(١) .

١٥٤ - تحديد المكان والزمان اللذين يتم فيهما التعاقد :

يرجع تحديد المكان والزمان الذى يتم فيه التعاقد بين غائبين إلى إرادة المتعاقدين . فإذا كان هناك اتفاق يتناول هذه المسألة وجب الأخذ به . وفى هذه الحالة يصبح ذلك التعيين مسألة موضوعية .
والتي لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانونى خاص، فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول .

وقد أخذ التفتين المننى الجديد فى هذا الأمر بمذهب العلم بالقبول ، والذى تستند إليه أيضا القاعدة العامة التى وضعها الشارع لتعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، إذ نلص

(١) حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ ومابعدھا .

المادة ٩١ منى- كما رأينا- فى خصوص هذه القاعدة على أنه :
ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من
وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم
الدليل على عكس ذلك " . ومن ثم فإن القبول لاينتج أثره ، وهو
تمام العقد، إلا إذا وصل إلى علم الموجب ، وقد سبق أن فصلنا
حكم هذا النص^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تتضمن التشريعات المختلفة أحكاما ، جد متباينة ، بشأن
تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب
"العلم بالقبول" ولم يجعل من الرد بالقبول سوى قرينة بسيطة على
حصول العلم به .

ويدهى أن هذا الحكم لايسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى
مخالفته صراحة أو ضمنا ، أو حيث يقضى للقانون بالعدول عنه
إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى
الذين ينزلهما القانون منزلة للقبول . ولعل مذهب " العلم " هو
أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب ذلك أن الموجب هو
الذى يبتدئ التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن
الطبعى والحال هذه ، أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه . ومن

(١) السهورى ص ٢٠٥ ومابعدهما - عبد المنعم الصده ١٢٧ ومابعدهما .

العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد فمذهب "العلم" هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه (أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع) ومودى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً ، إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا فى هذا الوقت .

٢- ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد. فقد اختلفت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب للعلم ، وبوجه خاص فى المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ مج ١٣ ص ١٨٤ رقم ٩٠) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ ب ٨ ص ١٠١ . ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ١٥٧ . ٤ إبريل سنة ١٩٣٣ ب ٤٥ ص ٢٢٦) . وبين مذهب "الإعلان" (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ ب ص ١٧٩ و ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٢٢٧) .

وليس ثمة شك فى أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب فى المسائل التجارية . على أن مذهب "الإصدار" قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلى (استئناف مختلط ٦

مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٠١ . ودمياط ٢١ إبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٧١) . ولم تنح لمحكمة النقض ، حتى اليوم ، فرصة للفصل فى هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذى اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٣ وما بعدها - وكان هناك أربع نظريات فى هذا الشأن هى :

١- نظرية الإعلان : وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب ، وفى هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد . ويتفق هذا أيضا مع السرعة فى المعاملات وفى التجارة بصفة خاصة . ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل للقواعد العامة فى أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . والقبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة لا يحدث أثره إلا من وقت أن يتصل بعلم من وجه إليه لا من وقت إعلانه .

٢- نظرية التصدير : وبمقتضاها ينعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول ، بل بعد تصديره ، أى بعد وضع الخطاب فى صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من أمثلة . وهذه النظرية لا تزيد عن النظرية السابقة إلا فى التأكيد من أن القبول أصبح باتاً ، ويعيبها ما يصيب النظرية السابقة . وكذلك فإنها لا تضمن أن القبول قد أصبح باتاً إذ من الجائز استرداد الرسالة أو البرقية طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه ، كما يجرى على ذلك العمل فى معظم البلاد .

٣- نظرية الوصول : وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب ، بغض النظر عن علمه بالقبول . والوصول حسب هذه

١٥٥ - التعاقد بطريق التليفون :

يعتبر التعاقد بالتليفون، أو بأية طريقة أخرى مماثلة كالإنترنت، تعاقدًا فيما بين حاضرين من حيث زمان التعاقد العقد ، إذ بمجرد أن يصدر القبول يتم العلم به - ويأخذ حكمه . وإلى ذلك تشير الفقرة الأولى من المادة ٩٤ بقولها " وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل " .

أما من حيث المكان فالتعاقد بالتليفون أو بما يشابهه يعتبر التعاقد بين غائبين ، لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخر ، ويأخذ حكمه ، وذلك لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخر . ومن ثم يعتبر للعقد قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك^(١). وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يجرى بهذا المعنى، هو المادة ١٤٠ منه التى تقول إنه " يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأى

النظرية لا يمدو أن يكون قريبة على العلم ولذلك فلا تخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهى نظرية العلم .

٤- نظرية العلم : ويمقتضاها لا ينعقد العقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب ، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة فى أن للتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، وهو فى هذه الحالة الموجب الذى يوجه إليه القبول . وقد نص المشرع - كما ذكرنا - على ذلك فى المادة ٩٧ مدنى (راجع سميّر نتاغو ص ٤٣)

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١١٢- عيد المنعم الصده ص ١٢٨ وما بعدها.

طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان " . ولكن حذفت هذه المادة لوضوح حكمها (١).

١٥٦- افتراض علم الموجب بالقبول فى المكان وفى الزمان الذين وصل إليه فيهما القبول :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان الذين وصل إليه فيهما هذا القبول " فهذه الفقرة جعلت من وصول القبول إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به ، وهذه القرينة يجوز نقضها بالدليل العكسى ، كأن يثبت الموجب أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا حصلت محكمة الموضوع تحصيلا سائغا مما سردته من وقائع الدعوى وظروفها أن المستأجر علم بقبول المؤجر تأجير الأرض إليه ، ولذلك اعتبرت التعاقد على هذه الإجارة قد تم بإيجاب من المستأجر بخطابه الذى أرسله وبقبول من المؤجر بخطابه الذى يدعى المستأجر عدم تسلمه ، فذلك مما لمحكمة الموضوع السلطة فى تقديره ، ولا معقب عليه لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٤٤/١/٢٧)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٢ وما بعدها .

٢- " لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم للبقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة للنقض متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة للنظر الذى انتهى إليها ، والمحكمة وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام به بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولا تشرىب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا ، كما أنه لا على المحكمة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفة واحدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " المقرر وفقاً لنص المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى على أن - يعتبر للتعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

١٥٧- أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فى المسائل الآتية :

- ١- تعيين الوقت الذى يبدأ فيه تنفيذ الالتزام .
- ٢- تحديد مدة التقادم ، إذ الالتزام لا يبدأ تقادمه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين موجودا مستحق الأداء ، فإذا كان الالتزام غير مضاف إلى أجل أو غير معلق على شرط موقف فإن تقادمه يبدأ من وقت انعقاد العقد .
- ٣- تحديد الدين الذى يستطيع صاحبه أن يطعن فى تصرف مدينه المعسر بالدعوى البوليصة . إذ لا يستطيع الدائن الطعن فى العقد الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقا على هذا العقد .
- ٤- بالنسبة إلى العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه ، فهى تنفذ فى حق الدائنين أولا تنفذ بحسب الفترة التى أبرمت خلالها^(١).

١٥٨- أهمية تحديد مكان انعقاد العقد :

- ١- تعيين الاختصاص ذلك أنه فى المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها (م ٥٥ مرافعات) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٩ - عبد المنعم الصده ص ١٢٣ .

وفى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى .

٢- فى تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص .

ذلك أن القاعدة فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بالنسبة إلى العقود التى يدخل فيها عنصر أجنبى . فإنها تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك (٢٠٢ مدنى) كما يسرى على الالتزامات التعاقدية عند اختلاف موطن المتعاقدين قانون الدولة التى تم فيها العقد (م ١/١٩ مدنى) .

مادة (٩٨)

- ١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ليُنْتَظَر تصريحاً بالقبول. فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب.
- ٢- ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه " .

الشرح

- ١٥٩- الفرق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت :
تجب التفرقة بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت .
فالتعبير الضمنى يتضمن من جانب المعبر عملا إيجابيا تستفاد منه إرادته .

أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى .

والتعبير الضمنى قد يكون إيجابيا أو قبولا أما السكوت فلا يجوز أن يتضمن إيجابيا لأن الإيجاب ينطوى على عرض موجه من أحد الطرفين إلى الآخر ، ولا يتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت . والأصل أن السكوت بمجرد لا يصلح تعبيرا عن القبول . ومن هنا كانت القاعدة للفقهية المعروفة التى تقول :
"لا ينسب لساكت قول " ، فالسكوت عدم ، والساكت لا يعمل شيئا
يمكن أن تستخلص منه إرادته .

وبالترتيب على ذلك فإنه إذا أرسل بنك إلى عميل خطابا يخبره فيه أنه قد اسمه فى قائمة المكتتبين فى مشروع معين وأنه احتسب فى رصيده قيمة الأسهم فإن سكوت العميل عن الرد لا يعتبر قبولا للاكتتاب .

وإذا أرسل ناشر صحيفة دورية إلى شخص لم يرفضها ولم يردّها فإن سكوته لا يعتبر قبولا للاشتراك ، حتى لو ذكر فى غلاف الصحيفة أن استلامها يعتبر قبولا .

وإذا أرسل تاجر عينة من بضاعة إلى شخص ذكر له أن عم رده للعينة فى مدة معينة يعتبر قبولا للشراء فإن سكوت هذا الشخص عن الرد لا يكون قبولا ^(١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى ، بحسب الأحوال، إيجابيا أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق ، أن يتضمن إجابا ، وإنما يجوز ، فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا ... الخ " ^(٢).

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٠٠ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٧ .

١٦٠- الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا :

رأينا في البند السابق أن الأصل أن السكوت لا يصلح قبولا لأنه لا ينسب لمساكت قول ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية التي نقول : " إن السكوت في معرض الحاجة بيان " ومعنى هذا أن السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضاء فإنه حينئذ يعتبر قبولا . وهو الذي يقال له السكوت الملايس .

وتقدير وجود الظروف الملايسة من عدمه من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضى الموضوع ، وإن كان يجب عليه أن يورد الأسباب السائغة التي يستند إليها في وجود هذه الظروف أو انتفائها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الظروف الملايسة التي قد تحيط بالسكوت وتجعله دالا على القبول ، إلا أنها تلتزم بأن تورد الأسباب السائغة التي تقيم قضاؤها وألا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه للرأى فى هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة " .

(طعن رقم ٧٤٨ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٩٨٤/٦/٢١)

وقد أوردت المادة (٩٨) بعض الأمثلة للحالات التى يعتبر فيها
السكوت قبولا بسبب ما يلابسه من ظروف .
وهذه الحالات هى :

(الحالة الأولى) : إذا كانت طبيعة المعاملة تدل على أن
الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول . كما إذا أرسل التاجر
البضاعة لمن طلبها وأضاف فى " الفاتورة " شروطاً مستجدة سكت
عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها ^(١).

(الحالة الثانية) : إذا كان العرف الذى جرى عليه العمل يقضى
بأن السكوت يدل على الرضاء ، كما إذا أرسل المصرف بياناً
لعميله عن حسابه فى المصرف وذكر فيه أن عدم الاعتراض على
هذا البيان يعتبر إقراراً له ^(٢).

(الحالة الثالثة) : إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه :
إذا كان الإيجاب نافعا من كل الوجوه للمعروض عليه ، فإن
سكوته هذا دليل على قبوله له . كهيئة لا تشترط فيها الرسمية
تعرض على الموهوب له فيسكت ، أو عارية استعمال تعرض على
المستعير فيلزم الصمت ^(٣).

(١) السهوى ص ١٨٦ .

(٢) السهوى ص ١٨٦ - أحمد حشمت أبو شيت ص ٧٨ .

(٣) سمير تباغو ص ٤٠ - أحمد حشمت أبو شيت ص ٧٩ .

(الحالة الرابعة): إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحا بالقبول من الموجب له ، إذا كان راغبا فى الصفقة التى يعرضها عليه والتى تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحا بالرفض إذا كان راغبا عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولا . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذى تعود أن يرسل كمية من البضائع التى تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ، الذى تعود بدوره أن يرفض مالا يعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . فى مثل هذه الحالة، تحتم ظروف التعاقد ، فى ضوء ما تم منه فى القديم ، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راغبا ، بحيث أن تاجر الجملة هنا لا ينتظر منه تصريحا بالقبول ، إذا كان له فى الصفقة هوى ، فإذا سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمنا معقولا يحدده قاضى الموضوع ، اعتبر سكوته قبولا إياها وتعذر عليه بالتالى أن يتملص منها ^(١).

وهذه الحالات الأربع ليست إلا أمثلة ، وعلى ذلك فإن كل سكوت تصاحبه ملازمات بحيث يستخلص القاضى من مجموعها القبول يصلح تعبيرا عن القبول ، ومن ثم فإن علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة وسكوته على ذلك يعتبر إقرارا لذلك التجاوز .

(١) السنهورى ص ١٨٦- عبد المنعم الصده ص ٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق ، أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز ، في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً ، وقد تناول النص هذه الفروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسري ضابطاً مرناً ، يهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما : التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل ، أو من عرف التجارة وسننها ، أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة . وأورد المشروع تطبيقات ثلاثة لهذا الضابط : أحدها ، وهو الخاص بتمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، يتعلق بطبيعة التعامل الخاصة . والتطبيقان الآخران - وهما الخاصان بقيام تعامل سابق بين المتعاقدين ، وبالشروط الواردة في الفاتورة - يتصلان بعرف التجارة وسننها وغير ذلك من الظروف ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٨ - كما جاء بهذه المذكرة ما يأتي :

" ولم تعرض التقنيات اللاتينية فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة بين أن التقنيات الجرمانية وغيرها من التقنيات التي تأثرت بها ، تورد على النقيض من ذلك ، أحكاماً واقعية في هذا الشأن ، ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها ، في النصوص التشريعية وأحكام القضاء ، أن مجرد السكوت

البسيط لا يعتبر إقصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت "الموصوف"، وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام ، فلا يثير إشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت " للملابس" وهو ما تلبسه ظروف محل الإرادة ، فهو وحده الذى يوجهه النص ، محتثاً فى ذلك حذر أحدث للتقنيات وأرقاها .

" وقد أخذ القضاء المصرى بحلول تشابه الحلول التى يقررها النص . فالأصل عنده أن السكوت وحده، مجرداً من أى ظرف آخر ، لا يعتبر قبولاً . ولكن يجوز أن يستخلص القبول من ظروف معينة تلبس السكوت ، كقيام تعامل سابق بين العاقدین (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجوز أن يكون السكوت ، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجوز أن يكون السكوت ، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ ب ٢٩ ص ٣٥٨) . ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتقرىعا على ذلك قضى بأنه " لاتجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاماً ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع ، بعد فوات الوقت ، أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد . وهو دليل لا يمسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصى" (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٢٧٢) . ولا يكون للسكوت دلالة القبول إلا إذا عرض فى وضع يستتبع حملة على محمل الارتباط للبات . وقد حكم بأن السكوت لكثير من ثمانية أيام إزاء إيجاب اشترط فيه البائع شرطاً لقبول ما عرض عليه المشتري من قبل ، لا يمكن أن يستفاد منه قبول المشتري لهذا الإيجاب الأخير ، واعتبار

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٨ من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيرا عن الإرادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملا أو منفذا أو معدلا أو ناسخا له".
(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

٢- " لما كانت عبارة البند الرابع من العقد المبرم بين وكيل البائعة الطاعة- والمطعون ضده واضحة الدلالة على أن هذا الاتفاق معلق على شرط واقف هو موافقة الطاعة - البائعة على البيع، مما مؤداه ما ورد في هذا الاتفاق إيجابيا من المطعون ضده- المشتري معلقا على قبول البائعة له بما لازمه صدور هذا القبول منها بالموافقة على البيع فإذا تم انعقد العقد ولزم ، أما إذا لم توافق فإن العقد لا ينعقد ويرد المدفوع من المشتري دون رجوع من أحد الطرفين على الآخر بأى التزام - لما كان ذلك - وكان البين من

الصفة تامة بصفة نهائية على أساس هذا القبول فليس يمكن أن تختتم مفاوضات استمرت أسابيع عدة ، إلا برد كتابي دقيق واضح . ويجب أن يحصل الرد في ميعاد قصير ، إذا تعلق البيع بسلعة متغير سعرها ونبه البائع المشتري إلى رغبته في الوقوف على ما ينتويه على وجه الاستعجال. ومثل هذا الرد ألزم ، عند عدم تطابق الإيجاب الصادر من البائع مع إيجاب بالشراء سبق له رفضه (محكمة اسكندرية التجارية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ، جازيت ١٧ ص ٢٨٦) .

الأوراق أن البائعة- الطاعنة لم توافق على هذا البيع بل أخطرت المطعون ضده بعدم موافقتها عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهب رغم ذلك إلى اعتبار انقضاء الأجل المحدد بالعقد بمثابة موافقة ضمنية من الطاعنة متخذاً من مجرد سكوتها عن الرد خلال هذه المدة قبولا منها للبيع فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد انحرف عن للمعنى الواضح للاتفاق " .

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

مادة (٩٩)

لا يتم العقد فى المزايدات إلا بـرسو المـزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا .

الشرح

١٦١ - المقصود بالمزايدة :

يقصد بالمزايدة ، الأحوال التى يتم فيها التعاقد بطريق المزايدة على خلاف الغالب فى واقع الحياة من أن يتم التعاقد بطريق الممارسة .

ويستوى أن يكون القانون قد حتم التعاقد بالمزايدة كما هو الشأن فى بيع أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، وفى بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبرى عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ، أم التجأ إليها المتعاقدان طوعا منهما واختيارا ، كما إذا نظم شخص مزادا يجريه بنفسه ، أو بواسطة آخر ينوب عنه فى إجراءاته لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها^(١) .

١٦٢ - الإيجاب فى البيع بالمزايدة :

لا يعتبر الإعداد للمزايدة وافتتاحها إيجابا فهما لا يعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبيت تلك الدعوة ، بأن تقدم شخص إلى المـزاد وأدلى بعطائه فيه ، كان عطاؤه هذا هو الإيجاب .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٩٦ ومابعدا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافا طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ، ليس فى منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات. والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا بفسو المزداد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا وفى التقدم بالعطاء قبولا ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نصوص المادة السادسة من ديكريته ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ بشأن ضريبة ما يباع من أطيان الحكومة والمائتين ١٨ ، ١٩ من منشور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين مصلحة الأملاك وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه من وزارة المالية إذ أن هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه . ولا يعتبر إعلان هذه المصلحة عن رغبتها فى البيع ولا الإجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسة على الثمن إيجابا من جانبها ذلك أن الإيجاب فى هذه الحالة ، إنما يكون من راغب الشراء بتقديمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٤ ومابعدهما .

التعاقد إلا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع . وقد اشترطت النصوص المتقدمة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها .
(طعن رقم ١٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤) .

وافتح المزايدة ولو كان على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً ، وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء كالقاعدة العامة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "نص المادة ٩٩ من القانون المدني على أنه " لا يتم العقد في المزايدات إلا بربو المزداد " ومفاد ذلك أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء ، أما القبول فلا يتم إلا بإرساء المزداد " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٢- " اعتماد السعر الذي تبدأ به المزايدة يفتقر عن اعتماد إرساء المزداد وغير مغل عنه " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

١٦٢- اعتبار التقدم بالعطاء إيجاباً ولو كان مصحوباً بتأمين :

يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً ، ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى للمزداد ، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء . ولا يعتبر أخذه قبولاً ينعقد به العقد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دفع للتأمين شرط لازم لدخول المزايدة وقبول الوزارة هذا التأمين لا يمنعها من أن تستعمل حقها في رفض العطاء المقدم من دافعه ولو كان هو العطاء الأخير " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

١٦٤- أهمية التمييز بين الإيجاب ومرحلة الدعوة إلى التعاقد :

يترتب على التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد نتائج غاية في الأهمية نجلها فيما يأتي :

(أولاً) أن نفى الإرادة عن مرحلة الدعوة إلى التعاقد يستلزم القول بأنه لا يمكن أن تترتب أية مسئولية عقدية ، إذا ما عدل المفاوضات عن إتمام العقد ، أى ولو لم يكن سبب العدول جدياً ، خلافاً لما إذا كنا بصدد إيجاب بات فإن الموجب يلتزم بإرادته على نحو ما سنراه .

وليس معنى استبعاد المسئولية العقدية استبعاد كل مسئولية أخرى ، إذ قد تترتب مسئوليته الفعلية (التقصيرية) إذا اقترن عدوله بخطأ من جانبه ، وهو ما يجب على المدعى إثباته ، بأن يثبت مثلاً أن الطرف الآخر كان قد أعلن عن رغبته في بناء منزل وطلب الرسوم والعطاءات فتقدم له بعد أن تجشم عناء ومصاريف ، ثم عدل عن البناء أو اتفق مع مقاول لم يشترك في المناقصة .

(ثانيا) لما كانت الدعوة إلى التعاقد ليست إيجابا ، فإن الوسيط فيها لايعتبر نائبا مادام من المقرر أن النيابة لا تكون فى الأعمال المادية بل فى التصرفات القانونية ، وما قبل الإيجاب ليس كذلك .
(ثالثا) أن العقد ينعقد إذا صادف القبول إيجابا ولا ينعقد إذا صادف دعوة إلى التعاقد (١).

١٦٥- هل يجوز لمقدم العطاء العدول عن إيجابه ؟

كان الإيجاب فى ظل القانون المذنى القديم غير ملزم ، ولهذا كان القضاء يجيز الرجوع فى العطاء مادام لم يقترن به قبول .
أما فى ظل القانون الجديد فالحال على خلاف ذلك . حيث يكون الإيجاب ملزما إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمنى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (م ٩٧ مذنى) . ومقتضى هذا أن مقدم العطاء يكون قد تقدم بإيجاب مقترن بميعاد محدد للقبول هو ذاك الذى يتطلبه إرساء المزايد . ومن ثم لايجوز له الرجوع فى العطاء قبل حلول هذا الميعاد (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد أخذ للقضاء المصرى بالمذهب الذى اتبعه المشروع ، فاعتبر التقدم بالعطاء إيجابا لاقبولا ، ورتب على ذلك جواز العدول

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠١ .

عنه . ومن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر الأهلية ، إذ حكمت بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يعدل عنه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك العدول عنه قبل القبول (استئناف مصر ٩ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨١ ص ٥٤٤)^(١).

١٦٦- القبول فى المزايدة :

ذكرنا سلفاً أن التقدم بعطاء هو الإيجاب . ويبقى صاحبه ملتزماً به إلى حين تقدم مزاييد آخر بعطاء أفضل ، إلى أن يقل المزاد دون أن يرسى على أحد إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، مالم يتفق المتعاقدان على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد .

ويسقط العطاء بعطاء آخر يزيد عليه ، حتى لو وقع العطاء الجديد باطلاً ، كالعطاء الذى يتقدم به قاض أو محام بشأن حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هذا النزاع يدخل فى ولاية المحكمة التى يعمل فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، أو العطاء الذى يتقدم به عديم الأهلية ، أو كان ذلك العطاء قابلاً للإبطال كما إذا كان مقدم العطاء ناقص الأهلية .

وكذلك إذا رفض ذلك العطاء فيما بعد .

وهذا يتمشى مع قصد المتعاقدين ، فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائما ويظل ملتزما به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه .

وإذا كان العطاء الذى تقدم به المتزايد هو الأفضل ، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه ، بقى العطاء الوحيد الذى يتضمن إيجابا قائما ينتظر القبول .

ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزايد ، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء . فمن الجائز أن يرفض العطاء الأخير ، وهنا يقلل المزايد ، دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا ينعقد العقد ، اعتبارا بأن الإيجاب لم يلحقه قبول^(١).

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى أن العطاء الذى تلحق به صفة القبول ، وفقا لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا ، أو قابلا للبطالان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أفل المزايد دون أن يرسو على أحد . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فمادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٩٨ - عبد المنعم الصده ص ١٠٠ ومابعدهما -
سمير تناغو ص ٤٠ ومابعدهما .

القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ، ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر ، أو بإقبال المزداد دون أن يرسو على أحد ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليه يترتب عليه طبقا للمادة ٩٩ من القانون المدني سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس إلا إيجابا من صاحب هذا العطاء ، فلا يبد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزداد عليه ممن يملكه ، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده ، وقام بإخطار الطاعن برفض عطائه، فإن عقدا مالا يكون قد انعقد بينهما " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢- " إذا كان المطعون ضده الأول قد أثبت في ختام محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قرر إخطار المزايدين بقراره خلال ثلاثة أيام بخطاب موصى عليه، ووقع الطاعن على هذا المحضر بعد هذه العبارة فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصلا للمطعون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٥ .

ضده الأول فى قائمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبول أو
الرفض ، ومتى كان هذا المطعون ضده قد أخطر الطاعن برفض
عطائه خلال الثلاثة أيام التى قبل الطاعن مد الأجل إليها وبخطاب
موصى عليه فإن هذا للرفض يكون قد صدر فى حدود السلطة
المخولة للطاعن بمقتضى شروط المزايدة وبالتالي منتجا لأثاره " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ فى جلسة ١٢/٦/١٩٦٩)

١٦٧- الحق فى رفض العطاء :

يجوز للداعى للمزاد اشتراط تخويله الحق فى قبول أو رفض
العطاء دون إيداء الأسباب ، وفى هذه الحالة يكون مقدم العطاء
ملتزما بهذا الشرط ، ويجوز للداعى للمزاد رفض الإيجاب ولو كان
العطاء المقدم هو أكبر العطاءات ولايجوز لمقدم العطاء الرجوع
عليه بشئ غير أنه يشترط أن يكون مقدم العطاء قد علم بهذا
الشرط أو كان فى مكنته العلم به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة
شروط المزايدة التى تحوى النص على تخويل المطعون ضده الحق
فى قبول أو رفض أى عرض دون إيداء الأسباب ، ووقع عليها بما
يفيد علمه بما تضمنته ، فإنه يكون قد ارتضاء ويكون للمطعون
ضده إعمالا لهذا الشرط مطلق الحرية فى رفض أى عطاء ولو

كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إيداء سبب مشروع لهذا الرفض ، ولا محل للرجوع في هذه الحالة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني والتي يستند إليها الطاعن لأنها تعتبر من القواعد المكملّة فلا يلجأ إليها إلا عند عدم الاتفاق على قواعد خاصة ، ومن ثم فلا وجه لما يسنده الطاعن إلى المطعون ضده الأول من تعسف قوامه أنه لم يبد سببا مشروعا يبرر رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته للتعويض " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

وإذا لم يكن هناك شرط على حق الداعي للمزاد في قبول العطاء أو رفضه دون إيداء الأسباب ، علم به مقدم العطاء أو كان بوسعه العلم به . فإنه يكون للداعي إلى المزاد أيضا الخيار في قبول العطاء أو رفضه . بيد أنه إذا اتضح من الظروف أن الداعي للمزاد ، بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول بعد أن دعا إليه ، قامت مسؤوليته على أساس العمل غير المشروع والتزم بالتعويض .

وقد يرى القاضى أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العينى ، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر ^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٠ .

١٦٨- الالتزام بالشروط الواردة بقائمة شروط المزاد :

يجوز أن تتضمن قائمة شروط المزاد شروطا خاصة ، وفى هذه الحالة يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين . طالما كان مقدم العطاء عالما بها وموافقا عليها .

وكما يجوز للمتعاقدين وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى تعديل العقد باتفاقهما ، فإنه يجوز أيضا لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزاد بعد الإعلان عن شروطه، وللمتقدمين بالعطاءات .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان المشرع قد نص فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن يكون البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقا للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية فقد أفصح فى المذكرة الإيضاحية على أن الهدف من هذه الإحالة هو ترك ما يتطلبه تفصيل الأحكام وما يتعلق بالاحتمالات التى تكشف عنها تطبيقه لتعالجها اللائحة حتى ييسر تعديلها كلما اقتضى ذلك ظروف الحال. لما كان ذلك وكان المستفاد من الأحكام التى انتظمتها اللائحة بشأن شروط البيع ومنها شروط سداد الثمن - أنها تقوم على أساس جوهري هو أن يتم البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وبواسطة لجان خاصة ضمانا لسلامة الإجراءات وكفالة

لحقوق قوى الشأن وفيما عدا ذلك فإن تلك النصوص لاتعدو أن تكون تبيانا للقواعد والإجراءات التى ترخص للجهة الإدارية القائمة على البيع مراعاتها مما يسوغ القول أنها وضعت قيودا على حق الدولة فى وضع شروط أكثر ملاءمة لاقتضاء حقها فى هذه البيوع وفى إطار المسلم أصلا من أن عقد البيع من العقود الرضائية التى تتم وفقا للشروط التى يرتضيها طرفاه وإذا كان ذلك وكان المشرع لم يرتب البطلان جزاء مخالفة تلك الشروط الموضوعية ولم يحظر الاتفاق على شروط مغايرة ومن ثم فإنها لاتكون متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها .

(طعن رقم ١٦٩٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٩)

٢- " النص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى على أن " لا يتم العقد فى المزادات إلا برسو المزااد ... " مفاده أن العقد فى المزادات ينقذ كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزااد يتم برسو المزااد ، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزااد أحكاما خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين " .

(طعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٦)

٣- " النص فى المادة ٩٩ من التقتين المدنى على أنه " لا يتم العقد فى المزادات إلا برسو المزااد ... " يدل على أن التقدم بالعطاء

سواء فى المزايدات أو المناقصات ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء يلزم لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزداد أو المناقصة عليه ممن يملكه واستخلاص تلاقى الإيجاب والقبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائفاً ، وكما يجوز للمتعاقدين وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى تعديل العقد باتفاقهما فإنه يجوز أيضاً لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزداد بعد الإعلان عن شروطه والمتقدمين بالعطاءات، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أرفق بعطائه الذى تقدم به فى المزداد محل التداعى مبلغ مائتى جنيه كتأمين ابتدائى وهو يقل عن النسبة المحددة فى البند الثانى من شروط المزايدة وتعهده بسداد باقى التأمين عند رسوها عليه فقبلت منه المطعون ضدها هذا الإيجاب المتضمن تعديلاً لهذا الشرط وأخطرته برسو المزداد عليه مما مفاده انعقاد العقد بينهما وفقاً لهذا التعديل ولا يزال من ذلك مطالبتها له بسداد باقى التأمين إذ أن هذه المطالبة تنصرف إلى استكمال التأمين الابتدائى ليصل إلى قيمة التأمين النهائى إعمالاً للبند الثانى عشر من شروط المزداد ووفقاً لتعهده آنف الذكر، وإذ التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائفة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن

تؤدي إلى ما رتبته عليها - أن الطاعن أخل بالتزاماته الناشئة عن ذلك العقد بما يرتب مسئوليته ويخول للمطعون ضدها مصادرة مبلغ التأمين المدفوع منه نفاذا للبند الثالث عشر من شروطه فإنه يكون قد أعمل صحيح حكم القانون " .

(طعن رقم ٢١٥٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١١ - غير منشور)

٤- " وحيث إن النعي سديد - ذلك أنه لما كان النص في المادة ٩٩ من القانون المدني على أن " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد ... " مفاده أن العقد في المزايدات ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذي يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزداد يتم برسو المزداد ، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزداد أحكاماً خاصة في هذا الشأن فإن هذه الأحكام هي التي يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين ، كما أنه يصح في القانون تضمين شروط للمزايدة اتفاقاً على مصادرة التأمين المؤقت المدفوع من المزايد الراسى عليه المزداد إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رمنو المزداد عليه دون أن يغير هذا الجزاء من طبيعة هذا الاتفاق وأنه شرط جزائي يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عند الإخلال بشروط المزايدة يخضع لحكم المادة ٢٤٤ من القانون المدني ، وكان الثابت بالأوراق أن شروط البيع بالمزاد التي جرى على أساسها التعاقد موضوع الدعوى تتضمن في البند الأول منها أن يسدد المزايد عشرة آلاف جنيه بصفة تأمين قبل جلسة المزداد، وفي

البند الرابع أن يسدد من يرسو عليه المزداد بالنسبة لأراضى الخدمات ٦٠% من الثمن الأساسى الراسى عليه فى جلسة البيع مخصوصاً منها قيمة التأمين السابق سداده والمصاريف الإدارية فى موعد غايته ١٩٩٧/٣/٣١ ومن يتخلف عن هذا الميعاد يصادر مبلغ التأمين المدفوع لصالح الشركة، وفى البند العاشر على حق الشركة فى أن تلغى جلسة البيع دون إيداء أسباب ، وكان مفاد هذه الشروط أن انعقاد العقد يكون بإيجاب من المزايد هو عطاؤه الذى يتقدم به طبقاً للأصل للعام بينما يتم القبول من الجهة صاحبة المزداد (الطاعة) ، أما ما ورد فى البند الخامس من التزام الراسى عليه المزداد سداد باقى الثمن المحدد فيه خلال أجل معين فإن ذلك هو أحد الالتزامات المترتبة على قيام العقد فى ذمة من رسا عليه المزداد. لما كان ذلك وكان للثابت أن المطعون ضده رسا عليه مزاد بيع قطعة الأرض محل الدعوى، وإذ لم يكن بين شروط البيع بالمزاد التزام الشركة الطاعة بالحصول على ترخيص من محافظة القاهرة بإنشاء محطة خدمة وتموين سيارات بهذه الأرض وكان هذا الالتزام يقع على عاتق للشركة المطعون ضدها حسبما هو ثابت من تعهدها المؤرخ ١٩٩٧/٣/١٦ بعد جلسة المزايدة مباشرة والذى لم تجده ، ومن ثم فقد أصبحت المطعون ضدها الراسى عليها للمزاد ملتزمة بسداد باقى مقدم الثمن خلال أجل معين طبقاً لما ورد بشروط البيع بالمراد وإذ تخلفت عن أداء هذا الالتزام فى الميعاد

المحدد فإنه يحق للشركة الطاعنة مصادرة التأمين طبقاً لشروط البيع بالمزاد بوصفه شرطاً جزائياً متفقاً عليه بين الطرفين . وإذا لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالإلزام الطاعنة برد مبلغ التأمين المشار إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه الفساد في الاستدلال وخالف الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه ."
(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٣/٣/٢٠٠٤)

١٦٩- حالة اشتراط المصادقة على إرساء المزاد من شخص معين :

إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه من شخص معين أو من هيئة معينة . كما هي الحال في بيع وإيجار أموال الدولة ، فإن المزاد لا يعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق . على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزاد عند لزومه ، اعتبر العقد منعقداً من تاريخ رسو المزاد ، وبمعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزاد عليه^(١) .

(١) وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساعل بعض حضرات الأعضاء ... عن المزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية فأجاب عبده محرم بك بأنه لا يمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه ... الخ " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نصوص المواد ٨، ١٧، ١٨ من لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة فى ٣١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايمة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجابا صادرا من الراسى عليه المزاد " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

١٧٠- التعاقد عن طريق المناقصة :

قد يتم التعاقد فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة ، كما يحصل غالبا فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المباني وغيرها من المنشآت الحكومية . والمناقصة ما هى إلا مزايمة فى تخفيض المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به . ولذلك يسرى عليها ما يسرى على المزايمة بمعناها الضيق من أحكام .

١٧١- المزايمة أو المناقصة داخل مفاوضات :

الأصل فى المزايمة أن تحصل علنا ، فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء الذى يتقدم به غيره . وهذا ليس هو الحال فى كل الأحوال . فكثيرا ما تقع المزايمة أو المناقصة من غير أن يعلم من

يشترك فيها بعهاءات غيره . وهذه هى المزايادات أو المناقصات داخل مظاهرات ، التى يغلب أن تلجأ إليها الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى .

والمزايدة أو المناقصة داخل مظاهرات هى بالأساس مزايدة . ومن ثم تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى ذكرناها سلفا . ويستثنى من هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص بعهاء غيره . ومودى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين ، وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظاهرات ، أراد أن يبقى عطائه هذا قائما إلى أن تفض المظاهرات وينتقر إرساء المزاد أو المناقصة ، ومن غير أن يتأثر عطائه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم به من عطاءات أخرى . وهكذا يكون للداعى للمزاد أو للمناقصة أن يتخير من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح ، دون أن يتقيد بقيمة أى منها ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ، أو يقضى القانون بخلافه ^(١).

١٧٢- التخلّى عن الاشتراك فى المزايدة :

ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلّى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختياري ومن ثم فإن التخلّى فى هذه الحالة يكون صحيحا .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٢ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى طالما أن حرية التزايد متاحة لغيره من الراغبين فى الاشتراك فى المزاد ، وإذا كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض إجابة الطاعن إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات اتفاقه مع المطعون ضده على عدم التقدم لمزاد بيع الأرز موضوع الدعوى على أن يبيعه المطعون ضده كمية من الأرز التى يرسو مزادها عليه استنادا إلى أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام لأنه يحد من حرية المزايدة مما يجعل إثباته بالبينة غير جائز قانونا ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

١٧٣- طبيعة الحكم الصادر بفسو المزاد :

أوضحت محكمة النقض طبيعة الحكم الصادر بفسو المزاد بقولها :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر بفسو المزاد ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة فى الخصومات وإنما هو عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنعقد عليه وبين المشتري الذى تم إيقاع البيع عليه ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التى تترتب على عقد البيع الاختيارى " .

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

مادة (١٠٠)

القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط
مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

الشرح

عقود الإذعان :

١٧٤- تعريف عقد الإذعان :

عقد الإذعان *contrat d'adhésion* هو العقد الذى يسلم فيه
القبال بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك
فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى
فعلى أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها .

وهذا العقد ولید التطور فى الحياة الاقتصادية الحديثة . فالصورة
التقليدية للعقد تقوم على المساومة وتفترض مناقشة شروط العقد
وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة . ولكن النشاط
المتزايد فى الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة فى عدد ما يجب
أن يبرم من عقود ، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن
فى أقل وقت وبأقل مجهود ، فترتب على ذلك بالنسبة إلى عدد كبير
من العقود أن انفرد الموجب بتحديد شروط العقد واستحال النقاش
عند إبرامه . وقد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد
الإذعان تفاوت محسوس فى مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية،

وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب فى هذا العقد من احتكار قانونى أو فعلى فأصبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذ جملة أو يدعه ، ولا بد لهذا الأخير من أن يتعاقد ، لأن المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق لاغنى عنه ، فهو بذلك يرضخ ويدعن لمشئئة الطرف القوى ، ومن هنا جاءت تسمية "عقد الإذعان"^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠٩ ومابعدا - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٤ ومابعدا - وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حضرات مستشارى محكمة النقض أن تصاغ المادة ١٠٠ كما يأتى : " عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها " .

وذلك ليكون النص مطابقا لمرجه (المادة ١٧٢ لبلانى) .
وقد حبذ سعادة دوس باشا الأخذ بالاقترح لأنه يورد تعريفا لعقد الإذعان ولكن حضرة مندوب الحكومة اعترض على الاقتراح بقوله إن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص ثم أنها لا تتضمن تعريفا يبرز جميع خصائص عقود الإذعان بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنسب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن .
وخلص حضرته من ذلك إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السياق فهو يقتصر على إيراد حكم لاتعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول .
وقد قررت الأغلبية عدم الأخذ بالاقترح . لما معالى صبحى باشا فإنه يؤيد تعريف الإذعان (محضر الجلسة ٦٢) .

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع الهيئة القومية للسكك الحديدية والتلغراف وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون .

ففى هذه العقود يعرض للموجب إيجابه بصورة قاطعة لاتقبل النقاش ، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التى لا غنى عنها .

وفاء جاء بملحق تقريراً للجنة ما يأتى :

" اقترح تعديل المادة ١٠٠ بأن تستهل بعبارة (عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم) وبذلك تتمحض عبارتها لتعريف عقد الإذعان نفسه لا لوصف القبول فى عقود الإذعان على نحو ما فعل المشروع ، ليكون النص فى صيغته المقترحة " مطابقاً لمرجعه " وهو المادة ١٧٢ من التقنين اللبنانى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص . ولم يكن فى الوسع أن تطابقه لأنه فهمى النزعة بصورة غير مألوفة فى التقنين . ثم أن هذه الصيغة لاتتضمن تعريفاً يبرز خصائص عقود الإذعان ، بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنسب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن . هذا إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السياق . فهو يقتصر على إيراد حكم لاتعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٧١ ومابعدها) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"١- من حق عقود الإذعان، وهي ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر أن يقرر لها مكان فى تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى ، الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، فى رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد ، على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأى إلى غاية بل اجتزأ بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول ، فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد . ومع ذلك ، فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد. فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ويتقاضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود ، تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى ، وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها ^(١).

وقد أورد التقنين المدنى الجديد الأحكام التى أراد أن يخص بها عقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة (١٠٠) فى شأن القبول الذى ينعقد به العقد . والثانى هو نص المادة (١٤٩) الذى يمنح للقاضى سلطة الإعفاء من الشروط التفسيرية التى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٨ وما بعدها .

قد يتضمنها العقد . والثالث هو نص المادة (٢/١٥١) فى شأن تفسير العبارات الغامضة فى العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان فى موضع واحد ، منعا للتشتت والتناثر ، وهذا ما فعله القانون المدنى الكويتى حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التى يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه فى موضع واحد ، وخصه بالمواد ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ منه .

كما حرص الشارع على أن يكفل حماية تشريعية للطرف المذعن . فأورد تنظيما خاصا للعقود الجديرة بهذا التنظيم ، وهى عقد التزام المرافق العامة (م ٦٨٨ - ٦٧٣ مدنى) وعقد العمل (م ٦٧٤ - ٦٩٨ مدنى) وعقد التأمين (م ٧٤٧ - ٧٧١ مدنى) وينظم عقد العمل أيضا القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

١٧٥- خصائص عقود الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية هى :

- ١- أن يتعلق العقد بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات ليس بالنسبة لفرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها فى حياتهم ، دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق .
- وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لامسألة واقع ، وتدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٧ - السهوى ص ١٩١ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر للشركة الطاعة محتكرة للسيارات التي أعلنت عن إنتاجها والمعدة للاستعمال الخاص دون أن يبين بأسباب سائغة وجه اعتبارها من اللوازم الأولية للجمهور في هذا المجتمع، ورتب للحكم على ذلك أن الإعلان الموجه من تلك الشركة يعد إيجابا بالبيع ملزما لها ، وأن طلب حجز السيارة المقدم من المطعمون ضده الأول إلى الشركة الموزعة يعتبر منه قبولا للإيجاب الصادر من الشركة المنتجة ، وأن العقد الذي تم بناء على ذلك يكون من عقود الإذعان ولا يمنع من انعقاده ما ورد بطلب الحجز من شرط تعسفى أهدرته المحكمة، وبذلك حجب الحكم نفسه عن بحث ما تمسكت به الشركة الطاعة من أن ما صدر منها لايعتد أن يكون دعوة إلى التعاقد أن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذي يعتبر إيجابا وكذلك عن بحث ما إذا كان هذا الإيجاب قد صادفه قبول انعقد به عقد بيع السيارة موضوع النزاع- فإنه يكون مشوبا بقصور في التمييز أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون ."

(طعنان رقما ٣٩٦، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٢/٣/١٩٧٤)

٢- أن يكون أحد المتعاقدين محتكرا للسلعة أو المرفق، سواء
كان احتكاره هذا قانونيا أو فعليا ، أو على الأقل تكون سيطرته
عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " يجب لكى يعتبر العقد عقد إذعان - على ما جرى به
قضاء محكمة النقض - أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا أو فى
القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة
النطاق ، وإذ كان تأميم شركات النقل البحرى لايقوم فى ذاته دليلا
على الاحتكار لأن التأميم لا يقتضى بطبيعته انعدام المنافسة بين
الشركات المؤممة ولو عملت فى قطاع اقتصادى واحد، وكان
النزاع بين طرفى الخصومة- على ما يبين من الحكم المطعون
فيه- يدور حول عملية نقل داخلى مما يتولاه إلى جانب شركات
النقل المؤممة أفراد أو مؤسسات تابعة للقطاع الخاص مما يوفر
عنصر المنافسة بين جميع هؤلاء فى عمليات النقل وينتفى معه
الاحتكار فيها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى حدود السلطة
التقديرية لقاضى الموضوع إلى القول بعدم قيام احتكار فى عملية
النقل محل النزاع ، وبالتالي فلا يكون العقد موضوع الدعوى عقد
إذعان ، لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

(ب) " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكارا قانونيا أو فطريا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ؛ والسلع الضرورية هي التي لاغنى عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة . ولما كان ذلك ، وكانت هذه الخصائص لا تتوافر في التعاقد الذي تم بين الطاعنين والبنك المطعون ضده على التعيين في وظيفة من الفئة التاسعة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى عن هذا التعاقد صفة الإذعان يكون متفقا مع صحيح القانون ، وما ينعاه الطاعنان على الحكم بعد ذلك من إخلال بقواعد المساواة فهو نعى يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع - هو التحقق من توافر شرط المساواة ، ومن ثم فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعى غير مقبول . "

(طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢)

٢- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محدودة . ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لاتجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يفهم فهمها على أوساط الناس ^(١).

(١) للسهورى ص ١٩٢- سميح تـ ساغو ص ٤١ - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي " وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدول بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان ، تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين .

وقد ذهب للقضاء فى مصر إلى أن عقود الإذعان تنولف على حقيقة التعاقد ، وترتب جميع آثاره . ومع ذلك فقد جرح ، فى نطاق معين ، للتخفيف من نتائج بعض الشروط الجائرة فيها . وقد حكم ، فيما يتعلق بحقيقة هذه العقود ، بأن كل تاجر يقوم بإيداع بضائعه فى مخازن شركة البروند ، يفرض فيه العلم بأحكام اللائحة للدخلية ، التى قامت الشركة بنشرها ووضعها تحت تصرف الجمهور (استئناف مختلط ٧ ديسمبر

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة. وإذن فمتى كانت الحكومة قد أشهرت شروط مناقصة في عملية إنشاء طريق ، وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه، ولم يكن الإيجاب فيه مستمرا لزمن غير محدد، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض بعد تقديم عطائه أصلا أو بتضمينه

سنة ١٩٢١ ب ٣٤ ص ٤٤) ، وأن للشروط المطبوعة فى عقود التأمين لها من قوة الإلزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٦٠) وأنه لايجوز للمؤمن إزاء ذلك أن ينزع فى سقوط اشتراط فى عقد التأمين بدعى أن الاشتراط كان مطبوعا (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥ ب ١٨ ص ١٨٨) وقضى كذلك بأن الشروط الواردة فى تنكرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعة للمتعاقدين ، متى خلت مما يتعارض مع النظام العام (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٤٠٥) (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٩ ومابعدها) .

الشروط التى يرتضيها وتلك التى لايقبلها ، فإن التعاقد على هذه العملية لايعتبر عقدا من عقود الإذعان " .

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢)

١٧٦- ما لا يعتبر من عقود الإذعان :

الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة ، لايجعل عقد الإيجار من عقود الإذعان.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولامخالفة منه للنظام العام كما أن عقد الإيجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لايعتبر من عقود الإذعان " .

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣)

١٧٧- لايجوز التمسك بأن العقد ينطوى على شروط إذعان

لأول مرة أمام محكمة النقض :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لاسبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لايصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

١٧٨. كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد فى عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلطة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلطة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مسخر ، يتم وفق شروط موضوعة سلفا ومنشورة على الناس ، بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمرا ، أنه إذا قبله أى شخص ، قام العقد نهائيا، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحال من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسئوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه فى بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تملئها طبيعة التعاقد ذاتها ، بحيث لو أنها تخلفت ، اعتبر الإيجاب غير قائم أصلا . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين . فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالسا من الأمراض التى تتهدد الحياة . ومثال ذلك أيضا الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك مقاعد شاغرة .

والإيجاب فى عقود الإذعان ، على نحو ما ذكرنا لايعدو أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسى فى التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

ويتم القبول فى عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس ، فينعقد العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب . ولايحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولا إياه من شأنه أن يقيم العقد ، أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشينة الطرف الآخر . فهذا لايمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان فى وسعه أن يمتنع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقتع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد . وإن رتب عليه أثارا معينة ستذكرها فيما بعد ، وهى آثار تسبغ حماية فعالة للطرف الذى جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشينة غريمه^(١).

١٧٩- حماية الطرف الضعيف فى عقد الإذعان :

أنظر شرح المادتين (١٤٩ ، ١٥١ مدنى) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٠ ومابعدها .

مادة (١٠١)

- ١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يُعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .
- ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

الشرح

١٨٠. تعريف الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد promesse de contrat عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها .
فهو عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ، ولكنه يمهد لعقد يراد إبرامه فيما بعد .
والغالب فيه أن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو الواعد ، حيث لا يلتزم الموعود له بشيء. كأن يكون هناك شخص فى حاجة إلى قطعة أرض مجاورة ولا يستطيع شراءها فى الحال لعدم قدرته على دفع الثمن ، فيعقد مع صاحب هذه الأرض اتفاقا يتعهد فيه هذا بأن يبيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ،

فيكون هذا وعدا بالبيع يلتزم به صاحب الأرض . وكان يشترط المؤجر على المستأجر في عقد الإيجار أن يشتري العين المؤجرة إذا أبدى الأول رغبته في البيع خلال مدة الإيجار ، فيكون هذا وعدا بالشراء يلتزم به المستأجر .

وقد يكون الوعد ملزما للجانبين . كأن يعقد مالك منزل اتفاقا مع شخص يعد فيه كل منهما الآخر ، فيعد المالك بالبيع إذا رغب هذا الشخص في الشراء خلال مدة معينة ، ويعد هذا الأخير بالشراء إذا رغب المالك في البيع خلال هذه المدة ، فيصبح كل من الطرفين ملتزما بالوعد الذي يقع على عاتقه بمقتضى هذا الاتفاق . وهذا الوعد الملزم للجانبين فرض نظري قل أن يقع في العمل . وهو يختلف اختلافا جوهريا عن عقد بيع العقار الذي يسمى في الحياة العملية خطأ بالعقد الابتدائي ، فهذا الأخير في حقيقته عقد نهائي تترتب عليه كل آثار البيع من وقت نشوئه ، وذلك فما عدا انتقال الملكية الذي يتراخى إلى حين تمام التسجيل . أما الوعد الملزم للجانبين فإن اتفاق الطرفين فيه على مدة يستطيع كل منهما أن يظهر رغبته خلالها في التعاقد يدل على أنهما لم يريد أن يجعلا منه عقدا نهائيا ، وإنما أرادا وعدا يمهد لعقد نهائي يتم عندما يظهر أحدهما رغبته في التعاقد ، ففي هذا الوقت فحسب تترتب آثار البيع . فإذا مضت المدة المتفق عليها في هذا الوعد دون أن يظهر

أى من الطرفين رغبته فى التعاقد سقط الوعد ، وفى هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به كل من الطرفين نحو الآخر .
ومن هنا يتبين أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد النهائي . فهو يزيد على الإيجاب ، لأنه عقد يتم بإيجاب وقبول ، وهو دون العقد النهائي لأن الإيجاب والقبول فيه لا ينصبان إلا على مجرد الوعد بالتعاقد ^(١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٢٩ وما بعدها - وقد قضت محكمة النقض بأن :
" متى تبين أن ما ذهب إليه الحكم فى صدد عقد الوعد بالبيع موضوع النزاع لا يخرج عن كونه تفسيرا لنصوص ذلك العقد استلكت عليه المحكمة من وجهة ومقصود عقائده من ألفاظه وعباراته وما قارنه من ظروف ثم انتهت المحكمة من ذلك إلى نتيجة سائغة عقلا تؤدي إليها مقدماتها فإن ذلك مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لارقابة لمحكمة النقض عليها " .
(طعن رقم ٢٤٦ ، ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٣/٦/١٩٥٧)
كما قضت بأن :

" إذا كان الثابت فى الدعوى أن وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ... هو بيع تام ملازم للطرفين ، ترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع - وإن كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الأركان ، ورتب على تنازل المشتري عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين ، وقبولهما للحلول فيه ، ثم قبول

١٨١- شروط الوعد بالتعاقد :

١- يشترط أن يتفق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه . ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التي لا ينعقد هذا العقد بغير التراضي عليها فهي بالنسبة للبيع الشيء المبيع والثمن فلا يكفي مثلاً لقيام الوعد بالبيع أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله ، إذا لم يكن قد حدد الثمن الذي يعد بأن يحصل البيع على أساسه وهي بالنسبة للإيجار العين المؤجرة والأجرة .

أما مدة الإيجار فهي وإن كانت ركناً في العقد ، إلا أنه ليس من المحتم أن يعرض لها المتعاقدان مباشرة ، لا في عقد الإيجار ذاته ولا في عقد الوعد به ، إذ أن القانون في مثل هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هي تلك المحددة لدفع الأجرة (م ٥٦٣ مدني) .

وهي بالنسبة للرهن ، العين المرهونة والدين المضمون .
والمعيار الذي يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت للمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة في الوعد من عدمه هو

الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارهما مشتريين ، فإنه لا يكون قد خالف للقانون أو أخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥)

التساؤل عما إذا من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقبل الموعد له دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر أم لا . فإذا كان الأمر الأول ، فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلًا وإلا فلا^(١) .

فلا يعتبر الوعد بالتعاقد قد تضمن الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه ، إذا تضمن أن هناك شروطا أخرى للوعد لم يحددها الطرفان بالإضافة إلى الشروط التي حددها بالوعد .

٢- تحديد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد به

خلالها :

يشترط أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرامه العقد الموعد به خلالها إذا ما ارتضاه الموعد له . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا .

بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا ، بل يكفي أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال .

كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلا ، وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٧٩ ومابعدهما - المنهوي ص ٢٠٩ ومابعدهما .

وتعيين المدة قد يقع صراحة كما يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لايجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إيراد هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد ، والمدة التى يتم فيها ... إلخ " ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " يشترط لاثتقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به ، فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء ، وذلك حتى يكون

(١) السلهورى ص ٢١٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٧٣ ومابعدا .

السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان يتم البيع بدونها - فإذا كان الطرفان قد أفصحا في البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذي اعتبره الحكم المطعون فيه متضمناً وعدا من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عند وجود شروط أخرى - إلى جانب الشروط الواردة في العقد - لم يعينها الطرفان وإنما تركا لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة ، وكان حرص الحكومة على الإشارة في العقد إلى تلك الشروط الجوهرية للبيع والتي بدونها لا تقبل إبرامه ، فإن إظهار المطعون عليه رغبته في الشراء لا يؤدي بذاته إلى انعقاد بيع تلك الصفقة ، بل لابد لذلك من تعيين الشروط التي اتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الاتفاق الوارد في البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية ، وإذ انتهى الحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ في القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١/٢٣ / ١٩٦٤)

(ب) - " يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلا عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتي ما كان يتم العقد بدونها " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

(ج) - " إذ كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها، وكان هذا العقد وفقا للمادة ١٠١ من القانون المدني لكي يعتبر ملزما لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار ، وأن تحدد فيه المدة التي يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحا بل يجوز أن يكون ضمنيا فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار، لما كان ذلك ، وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقرير المدة التي يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه الأول فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي

قدرت المدة التي اعتبرتها معقولة - تسع سنوات- في نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين ، وكان هذا التقدير لا يندرج على مخالفة لأية قاعدة أمرت نصت عليها القوانين الاستثنائية لإيجار الأماكن ، فإن النص - على تحديد هذه المدة - يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٦٥ ، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

(د) - " الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو - وعلى ما يبين من نص المادة ١٠١ من القانون المدني - عقد بمقتضاه يتعهد صاحب الشيء بأن يبيعه لآخر إذا ما رغب في شرائه بما مؤداه أن الوعد بالبيع ينطوي على التزام من جانب واحد وأن تنفيذ الوعد بالتزامه هذا ملوط بإيداء الموعد له رغبته في الشراء " .

(طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٢)

(هـ) - " لما كان تحديد المدة (التي يظهر فيها الموعد رغبة في إبرام العقد خلالها) حسبما استقر على ذلك قضاء هذه المحكمة كما يجوز أن يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الدعوى وكانت تأشيرة المحافظ مقرونة بالإحالة إلى الجهات المختصة لاتخاذ إجراءات البيع وكانت هذه الإجراءات بطبيعتها تأخذ مدة من الزمن فإن المدة المتفق عليها لإظهار الرغبة في إتمام البيع هي المدة اللازمة لانتهاء من هذه الإجراءات " .

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣١/٢٠ - لم ينشر بعد)

١٨٢- شروط الانعقاد والصحة :

يترتب على كون الوعد بالانعقاد عقدا ، ضرورة توافر شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة ، وهي تتعلق بالرضا والمحل والسبب وسلامة الإرادة من العيوب ، وتوافر الأهلية وبشروط توافر هذه الشروط وقت إبرام الوعد لا وقت إبرام العقد الموعود به . وعلى ذلك فإذا وعد شخص ببيع شيء آخر ، وجب أن تتوافر لدى الواعد أهلية البيع وقت الوعد لا وقت إظهار الموعود له إرادته . أما الموعود له فلا يشترط أن يكون أهلا للشراء وقت الوعد بل في الوقت الذي يظهر فيه رغبته في الشراء ، لأنه لن يلتزم إلا في هذا الوقت مادام الوعد غير متبادل لايلزم سوى الواعد بالبيع . كذلك فإن العبرة في سلامة إرادة الواعد هي بوقت الوعد (١).

١٨٣- الوعد بالانعقاد في العقود الشكلية :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " .

(١) المستشار الدكتور محمد شتا ص ٥٣٦ - الدكتور سعيد عبد السلام
الوجيز في المدخل لدراسة القانون والالتزام ٢٠٠١/٢٠٠٠ ص ٢٦٧ .

فيشترط في الحالات التي يكون العقد الموعود به شكليا ، كعقد رهن رسمي أو عقد هبة ، أن يتم الوعد في نفس الشكل الذي يتطلبه القانون للعقد المراد إبرامه .

وعلى هذا النحو فإن الوعد بإبرام رهن رسمي يجب أن يتم هو أيضا في الشكل الرسمي ، والوعد بالهبة يجب أن يتم كذلك في ورقة رسمية . وبغير ذلك لأمكن للأفراد التحايل على شرط الشكل وذلك عن طريق إبرام عقد وعد لايراعى فيه الشكل ثم تصطنع خصومة أمام القضاء ، ويصدر فيها حكم يقوم مقام العقد الشكلي المراد إبرامه دون أن يكون قد روعى شرط الشكل فعلا ^(١).

أما إذا كان العقد رضائيا ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائيا مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائي مكتوبا في ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة في العقد النهائي قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون . فالعقد الموعود به هو في أصله عقد رضائي لا عقد شكلي ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . ففي هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدي نفسه . ويوجه هذا النظر إلى

(١) السنهوري ص ٢١٠ ومابعداها - سميح تTAGO ص ٤٥ ومابعداها .

(٢) السنهوري ص ٢١٠ ومابعداها .

أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يودى إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها ^(١).

ومع هذا فالوعد بإبرام عقد رسمى دون أن يتخذ الشكل الرسمى المطلوب للعقد لا يكون خلوا من أى أثر قانونى ، لأنه يعتبر مع ذلك عقدا غير مسمى تم بإيجاب وقبول وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ويرتب التزاما شخصيا فى ذمة للواعد ، ولما كان هذا الالتزام يستعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٧٤ .

(٢) السنهورى ص ٢١١ - المستشار أنور طلبه ص ٤٢١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك ، فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلوا من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به " (١).

مادة (١٠٢)

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد .

الشرح

١٨٤- آثار الوعد بالبيع قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة :

سواء كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانبا واحدا أو ملزما للجانبيين فإنه إذا انعقد صحيحا ، فطالما لم يحل الميعاد المحدد للوعد ولم يعبر الموعد له عن إرادته للواعد ، فإنه لا يكون للموعد له قبل الواعد سوى التزامات شخصية ، هي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعد له ، وهذا التزام بعمل ، ولكن لا يترتب على الوعد ثمة آثار من آثار العقود الموعد به . فالوعد بالعقد لا ينشئ حقوقا عينية ، حتى ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حقوق عينية . فمثلا الوعد بالبيع لا ينشئ للموعد له حقا عينيا على الشيء محل الوعد ، ولكنه ينشئ له حقا شخصيا في مواجهة الواعد . وعلى هذا النحو فإن الواعد يظل مالكا للشيء ويستطيع التصرف فيه بالبيع لشخص آخر ، وفي هذه الحالة لا يكون للموعد له أن يرجع بشيء على المتصرف إليه ، وكل ما له هو أن يرجع بالتعويض على الواعد .

وإذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضا لأنه لا يزال المالك ، ولكنه لا يكون مسئولًا عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء هلك قضاء وقدرًا^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه إن جاز أن يحسب على من وعد بالبيع تحت خيار المشتري تصرفه قبل وقوع الخيار في جزء من العين التي وعد ببيعها ، وأن تضمن مسئولية هذا التصرف الرضائي باعتباره إخلالا بالاتفاق ، فإنه لا يجوز بحال أن يحسب عليه نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع جرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المالك ، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٧ ق جلسة ١٣/١/١٩٣٨)

٢- "إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولًا عن تنفيذه وملزما بالتضمينات في حالة عدم التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٤/٥/١٩٤٢)

(١) السهوري ص ٢١٣ - سمير نتاغو ص ٤٦ - المستشار محمد شتا ص ٥٣٧ وما بعدها .

١٨٥- آثار الوعد بالبيع بعد انتهاء الميعاد أو ظهور الرغبة :

إذا انتهت مدة الوعد دون أن يظهر الموعد له رغبته فى التعاقد سقط الوعد ، وفى هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين . ولا يصح قصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانب واحد ، لأن اتفاق الطرفين فى الوعد الملزم للجانبين على مدة لإبداء الرغبة فى التعاقد يعنى أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من جانب أى منهما فى خلال هذه المدة . وكذلك يسقط الوعد إذا كانت المدة لم تنته ولكن الموعد له أعلن عدم رغبته فى التعاقد ، إذ يكون قد نزل عن الحق الذى له قبل الواعد .

أما إذا أظهر الموعد له رغبته فى التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائى يتم ، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة فى التعاقد يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائى . فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذى يتم فيه العقد النهائى ، وهو بالتالى

الوقت الذى تترتب فيه آثار العقد^(١). وذلك دون إرادة جديدة من جانب الواعد .

فقيام العقد إذن لايحتاج إلى رضا جديد من جانب الواعد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوعد بالإيجار عقد غير مسمى ينشئ فى ذمة الواعد التزاما نحو الموعود له بأن يؤجر له العين إذا أظهر رغبته فى استئجارها خلال مدة معينة وينقلب إلى إيجار كامل بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجة إلى رضا جديد من جانب الواعد الذى يلتزم عندئذ بجميع التزامات المستأجر " .

(طعن رقم ٥٠١٥ لسنة ٤٤ فى جلسة ١٤/٦/١٩٧٥)

على أنه لايعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد . فإذا قبل الموعود له إبرام العقد ، ولكن على نحو يتغاير مع اتفاق عليه فى الوعد كشروط له ، فإنه لايقوم أصلا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط قانونا لاتعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد ، مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد ، فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٥ ومابعدها - المستشار محمد شتا ص ٥٣٨ .

الواعد هذا التعديل ، إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفي نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، فإن الحكم إذ انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن ، ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته في الشراء لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١٦)

و يكفي لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه يعلم الواعد في المدة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه العقد الذي ارتضاه ، ما لم يتفق في الوعد على غير ذلك كما لا يمنع من قيام العقد قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ كل منهما لالتزامات ، ما لم يستدل من سكوت الموعود له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقابل عن العقد الذي قام ، وفي هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بدوره بالتقابل إن صراحة أو دلالة، اعتبر العقد الموعود بإبرامه أنه قام فعلا، ولكنه انحل بعد قيامه. واستخلاص حصول التقابل هنا من عدمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص للمادتين ٩٥، ١/١٠١ من القانون المدني أنه متى اتفق للواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء، يتعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد ، ولايؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أى منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الواردة فى هذا الخصوص، لما كان ذلك ، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها ، وكان الطرفان - على ما يبين من عقد ١٤/٩/١٩٧٣ - لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الأساسية وهى المبيع والثمن ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل موعد الوفاء بالثمن، فإن هذا الوعد الصادر من المطعون ضدهما قد انقلب إلى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن فى الشراء بإذاره المعطن لهما فى ٩/٩/١٩٧٦ وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون."

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٩ قى جلسة ٢٧/٢/١٩٨٠)

١٨٦- امتناع الواعد عن تنفيذ وعده :

إذا أعلن الموعود له رغبته في التعاقد ، وامتنع الواعد عن تنفيذ العقد النهائي الذى تم بإعلان هذه الرغبة كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد . وإذا كان العقد الموعود به بيع عقار فإنه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار إلى الموعود له . غير أنه إذا كان محل العقد الموعود به شيئا معيناً بالذات وتصرف فيه الواعد إخلالا منه بوعده فلا يبقى أمام الموعود له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض (١).

ويقوم الحكم الذى يصدره القاضى مقام العقد الموعود بإيرامه ويكون حكم القاضى مقررا هنا لامنشأ بمعنى أن العقد الموعود به يعتبر منعقدا لا من الوقت الذى يصدر فيه الحكم ولكن من الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرام العقد النهائي ويكون الحكم الذى يصدره القاضى منشأ إذا كان المتعاقدان فى عقد الوعد قد جعلاً انعقاد العقد الموعود به متوقفا على كتابة فى ورقة رسمية إذ لا يكفى هنا أن يعبر الموعود له فقط عن رغبته فى إبرام العقد النهائي بل لابد أن يتعاون كل من الواعد والموعود له فى إعداد الورقة الرسمية فإذا نكل الواعد عن ذلك وقاضاه الموعود له ، فإن الحكم الذى يصدره القاضى يكون منشأ لا مقررا .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٦ .

ولا يعتبر العقد الموعود به منعقدا إلا من وقت صدور الحكم لا فى الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرامه^(١).
غير أنه إذا كان تنفيذ الوعد مرهقا للواعد فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر القاضى على إلزام الواعد بدفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما (م ٢/٢٠٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان الأصل أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عينا، وكان يرد على هذا الأصل استثناء من حق القاضى إعماله تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما، إلا أنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه لم يتضمن ما يفيد أن الطاعن الأول دفع الدعوى بأن تنفيذ الوعد بالإيجار عينا ينطوى على رهق له وأبدى استعداده للتنفيذ بمقابل ، وكان الطاعنان لم يقدم ما يدل على تمكسهما بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، وهو أمر يخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضوعية ، فإنه لايجوز لهما إثارته لأول مرة أمام محكمة للنقض، ويكون للنعى غير مقبول " .

(طعان رقما ٥٦٥ ، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

(١) المستشار مصطفى هرجه العقد المدنى - دار محمود للنشر والتوزيع
ص ١١٠ وما بعدها .

٢- " لما كان الطاعن قد استجذ المطعون ضدهم فى إتمام العقد النهائى بإظهار رغبة فى إتمام هذا العقد فى أشكال مختلفة بداية من الإنذار حتى رفع هذه الدعوى (بنسب خبير لتقدير ثمن الأرض محل الوعد بالبيع) بعد أن لمس رغبة منهم فى النكول عن الوعد بتوقف إجراءات البيع التى طلب المحافظ اتخاذها رغم موافقة بعض الجهات المختصة عليه وتسليمه الأرض وإصدار ترخيص له يحمل رقم ١ لسنة ١٩٨٤ من مجلس مدينة شبرا الخيمة بإقامة سور حولها واستغلالها فعلا فى الغرض المطلوب الشراء من أجله وكان يجوز للموعد إعمالا لحكم المادة ١٠٢ من القانون المدنى فى حالة نكول المتعاقدين الآخر من إنجاز وعده مقاضاته طالبا تنفيذ الوعد متى كانت الشروط اللازمة لتتمام العقد متوافرة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لعدم توافر شروط الوعد بالبيع فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٠)

١٨٧- سقوط حق الموعد له بفوات المدة دون أن يعلن رضاه بالوعد دون إجراء آخر :

إذا انقضت المدة المحددة لبقاء الوعد ، دون أن يعلن الموعد له الواعد برضائه بالتعاقد، فإن الوعد يسقط من فوره ، ومن تلقاء نفسه دون حاجة من الواعد إلى اتخاذ إجراء ما كتبنيه أو إقرار .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشيء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه ."

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

١٨٨- عدم سقوط الوعد بالعقد بالموت :

موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به ، إذا حصل الرضاء به في ميعاده . فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقي للموعود له خياره في قيام العقد الموعود به ، ليباشره في مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ما صدر رضاؤه بذات العقد على نحو ما يتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد للموعود به إلى خلفائه ، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٦ وما بعدها - المستشار الدكتور محمد شتا

١٨٩- العدول عن الخطبة :

الخطبة هي تمهيد لعقد الزواج وليست ركنا من أركانه ، فهي وعد بعقد زواج . وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك في بعض أقواله ، بل وفي بعض الأقوال المروية عنه أن الوعد يجب الوفاء بحكم القضاء في بعض الأحوال ، أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة .

وعلى ذلك فإنه يجوز لأى من الخاطبين العدول عن الخطبة في أى وقت دون مسئولية عليه ، وأيا كان سبب العدول ولو كان العدول دون مبرر .

وهذا لا يمنع أن العدول عن الخطبة دون مبرر مكروه شرعا لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول لكنه غير محرم .
فالمكروه هو الفعل الذى لا يثلب فاعله ولا يائمه بفعله وبالتالي لا يعاقب عليه بشيء^(١).

أما إذا كان العدول عن الخطبة قد لازمته أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواضعين ، فإن وقعت منه يكون مسئولا عما لحق

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية المجلد الأول ص ٣٤ وما بعدها .

الآخر من ضرر على أسس أن هذه الأفعال - بغض النظر عن
العدول المجرد - أفعال ضارة موجبه للتعويض (م ١٦٣ مدني) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج
لا يقيد أحدا من المتواعدين ، فكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت
شاء ، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل
الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع ،
وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدها بالتعويض . ولكن إذا
كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول،
قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه
الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فإنها
تكون مستوجبة للتضمنين على من وقعت منه . وذلك على أساس
أنها هى فى حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال
ضارة موجبة للتعويض " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٣٩)

ومثل الأفعال المستقلة عن مجرد الوعد والتي ترتب الحق فى
التعويض ، أن تكون المخطوبة طالبة أو عاملة ، وطلب منها
الخاطب ترك الدراسة أو الاستقالة من العمل ، أو أن يطلب منها
إعداد أثاث معين لا يمكنها الانتفاع به .

مادة (١٠٣)

- ١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .
- ٢- فإذا عدل من دفع العربون ، فقدده . وإذا عدل من قبضه رد ضغطه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

الشرح

١٩٠- تعريف العربون :

العربون - فى التقنين المدنى الجديد - مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، يعتبر دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك . فإذا مضت هذه المدة دون أن يعدل أحدهما صار العقد باتا لايجوز العدول عنه .

غير أنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق صراحة أو ضمنا - كما سنرى - على أن يكون دفع العربون لتأكيد العقد ، وفى هذه الحالة لايجوز لأى منهما أن يعدل عن العقد ^(١).

(١) الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية ١٩٥٢

دلالة العربون :

١٩١- (أ) دلالة العربون : فى ظل التقنين المدنى القديم :

لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص فى دلالة دفع العربون . فكان القضاء يأخذ بما يتضح من إرادة المتعاقدين . فكان يأخذ تارة بدلالة العدول عن العقد ، وأخرى بدلالة تأكيد العقد والبت فيه .

فإذا قام شك فى إرادة المتعاقدين ، فكان ذلك التقنين يستعين بالعرف . وكان العرف الجارى على أنه فى البيع يكون العربون فى العقد الابتدائى دليلا على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليلا على التأكيد والبت . أما فى عقد الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت ^(١).

(١) الستهورى ص ٢١٥ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ١٣٧ - وكان المشروع التمهيدى يأخذ فى المادة ١٥٢ المقابلة للمادة (١٠٣) بما أخذ به القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم إذ نصت المادة المذكورة فى فقرتها الأولى على أن : "١- يكون العربون المنفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتا ، لا على أنه يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك " .

إلا أن النص عدل بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها : "رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته المادة تمشيا مع العرف . فعدلت للفقرة الأولى بإبدال عبارة (لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه) بعبارة (العقد بات لايجوز العدول عنه) وحذف عبارة (أو العرف) لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى (فإذا عدل من دفع العربون ففده . وإذا عدل من

١٩٢- (ب) دلالة العربون في ظل التقنين المدني الجديد :

تنص المادة ١٠٣ صراحة على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه .

فالأصل إذن أن دفع العربون دلالة على الحق في العدول عن العقد فيجوز لكل من المتعاقدين للعدول عن العقد في المدة التي يجوز فيها ذلك . ومعنى ذلك أن العربون لا يفيد تأكيد العقد . ويسرى ذلك على كافة العقود ، كالبيع والمقايضة والإيجار .

غير أن المادة أجازت للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك ، فحكم العربون لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز إذن للمتعاقدين أن يتفقا على أن القصد من دفع العربون تأكيد الثبات في العقد ، فلا يجوز لأى منهما العدول عنه .

قبضه رد ضيعفه ولو لم يترتب على العدول ضرر) . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمشي مع العرف . ولم تر محصلا للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفها تاركة أمر تفسيرية المتعاقدين لتقدير القاضى . وأصبح النص كالآتى :

١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقدّه ، وإذا عدل من قبضه رد ضيعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " .

وأصبح رقم المادة ١٠٣ .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ من ٨٠ وما بعدها)

ومفاد ذلك أن المشرع جعل من دفع العربون وقت إبرام العقد قرينة قانونية على أنه يفيد منح كل من المتعاقدين حق العدول أو خيار العدول عن العقد الذي أبرماه . إلا أن هذه القرينة بسيطة فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى ما يخالفها ويجوز دحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن^(١).

واتفاق المتعاقدين على أن يكون العربون للتأكيد والبت كما يكون صريحا ، يصح أن يكون ضمنيا .

ومن القرائن التي تدل على أن العربون ليس له دلالة الرجوع - كما هو الأصل الوارد بالمادة - أن يكون المبلغ المدفوع كبيرا ، كما إذا اشترى شخص سيارة مثلا بمائة ألف جنيه ، ودفع من الثمن خمسين ألف أو أكثر . فجسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب ، تنهض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصدا منه أن يكون عربونا مخولا حق العدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءا معجلا من الثمن في بيع بات لا رجوع فيه . والأمر من بعد متروك لتقدير قاضى الموضوع^(٢).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٩ ..

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٩ هامش (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني ، أن دفع العربون وقت إبرام العقد ، يدل على جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن " .

(طعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٢- " العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

٣- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني على أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك " يدل على أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول ، إلا أن شروط التعاقد قد تقتضى بغير ذلك والمرجع فى بيان هذه الدلالة هو لما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانونى ، وإذا كان

الحكم المطعون فيه بعد أن أورد نص البندين ... ، ... من عقد البيع - وقد جاء صريحا في أن ما دفعه للمشتريان هو "عربون" - والذي ينص أولهما على موعد محدد للتوقيع على العقد النهائي ويتضمن الثاني الشرط الفاسخ الصريح انتهى إلى أن نية المتعاقدين استقرت على أن يكون العقد باتا - وهو استخلاص موضوعي سائغ - ثم رتب الحكم على ذلك رفض دفاع الطاعنين الثابطين بأن لهما الحق في خيار العدول فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٨ ق ، ٥ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

٤- " النص في المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ، يدل على قيام قرينة قانونية- قابلة لاثبات العكس - تقضى بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

ويعتبر البيع بالعربون حيث يكون العربون دالا على حق العدول بيعا معلقا على شرط . ولكن ثار الخلاف في طبيعة هذا الشرط وما إذا كان واقفا أو فاسخا . والراجح في فرنسا ومصر أنه شرط واقف هو عدم استعمال حق العدول أثناء المدة المحددة . فتوقف كل آثار العقد خلال المدة المحددة لجواز العدول ، ثم تترتب هذه الآثار مستتدة إلى وقت انعقاد العقد أى بأثر رجعى عند انتهاء تلك المدة بغير عدول^(١) .

(١) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ٦٧ - الدكتور سليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٧٨ ومابعدا - الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٦٠- الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة للطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ١٢٠ - وقارن السنهاورى ص ٢١٨ هامش (٢) فيرى تكليف العربون على أنه البذل فى التزام بدلى ويكون المدين ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ودائنا بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرا نمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، والعربون بذل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البذل ، لا عدول عنه فى جملته .

١٩٣- استخلاص نية المتعاقدين في دلالة العربون مسألة موضوعية :

استخلاص محكمة الموضوع نية الطرفين في أن يكون العربون دلالة على تأكيد البيع وعدم الرجوع فيه على عكس القرينة المنصوص عليها بالمادة (١٠٣) هو أمر موضوعي يخضع لمطلق تقديرها ، دون رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "استظهار نية العاقدین من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدین قصدا به أن يكون البيع بيعا تاما منجزا بشرط جزائي . ولم يقصدا أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٣٣/١/٥)

٢- " إذا كانت المحكمة قد انتهت في حكمها إلى القول بأن المتعاقدين قد قصدا بالعقد العرفي للمحرر بينهما أن يكون البيع باتا خاليا من خيار الفسخ مستخلصة ذلك مما لاحظته من أن العقد خلو من ذكر عربون ومما هو ثابت به من أن كل ما دفعه المشتري،

سواء أكان للبائع أم لدائتيه المسجلين على العقار المبيع ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ ، ومن أن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد بما جاء فى الإقرار الصادر من البائع من قوله "حيث إلى بعث ... ولم يوقع على العقد النهائى فى ... فأقرر بهذا نفاذ هذا البيع نهائيا بين الطرفين مع استعدادى للتوقيع النهائى بالبائع أمام أية جهة قضائية . الخ " ، فإن ما استخلصته من ذلك تسوغه المقدمات التى بنى عليها الحكم ، ولا يتجافى مع ما جاء فى ذلك العقد من أنه إذا عدل أحد الطرفين عن إتمام العقد وتنفيذه كان ملزما بدفع مبلغ كذا بدون تنبيه ولا إنذار .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٠)

٣ - " العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه . ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعميل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك فإذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن

تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذه النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٣/٢١)

٤- " إذا طالب المدعى والمدعى عليه بتعويض عن صفقة من الجنيهاات الذهب يقول أنه عقدها معه ثم نكل المدعى عليه عن إتمامها مع دفعه عربونا فيها ، فرد المدعى عليه بأنه بفرض عقد هذه الصفقة بالشروط التي ادعاها المدعى فإن دفع العربون منه يفيد خيار نقض البيع من جانبه فلا يلزم عند نكوله بأكثر من العربون الذي دفعه وقدم شهادة من بعض تجار الذهب تؤيد هذا الدفاع ، فرد الحكم على قوله هذا بأنه غير صحيح لأن التعامل في الذهب كالتعامل بالعقود في القطن لا يعتبر العربون المدفوع فيه كالعربون في بيع الأشياء المعيلة بل هو مبلغ يدفع سلفاً من أحد الفريقين لتغطية الحساب عند تقلب الأسعار ، وذلك دون أن يبين سنده في هذا التقرير فإنه يكون حكماً قاصراً قصوراً يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧)

٥- " إذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربونا فيفقد

المشتري كفدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لايحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحاق ضرر بالبائع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أم جزءاً من الثمن دون أن تمحص دفاع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع وبسببه اتفق وإياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه كان لزاماً على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو فى حقيقته عربون أم جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين وإذا هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه .

(طعن رقم ٤٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٢/١٢)

٦- " لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان ذلك مقاماً على أسباب سائغة "

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢) (١).

٧- " متى قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التي تبيح للمشتري استرداده وذلك التي تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد في العقد موعد الوفاء بباقي الثمن وشرط استحقاقه فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم ، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التي ختم بها العقد من أنه " عقد بيع نافذ المفعول " مادامت هذه العبارة لاتعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها أن حق المشتري فى العدول عن العقد لايسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددها الطرفان لانتهاه خيار العدول " .

(١) ويرى البعض أن ثمة عدم دقة فى صياغة الحكم . إذ أن محكمة الموضوع لا تستظهر فى حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدا دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون ثبات . فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تحتّم عليها أن تقضى بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف . فإن لم تفعل ، وقع حكمها مخالفا للقانون . وكان حريا به أن ينقض تلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع (عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٩٠) .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

١٩٤- لا يجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بأن

العقد هو بيع بالعربون :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن العقد موضوع الدعوى هو بيع بالعربون فإنه لا يقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٨)

١٩٥- وقت مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون :

يجب التمييز فى هذا الشأن بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المتعاقدان قد حددا ميعادا للعدول سواء كان هذا التحديد صريحا أم ضمنيا . أو يكون الميعاد محددا فى العرف - ولم يتفق الطرفان على خلافه - فى هذا الفرض يسرى هذا الميعاد ، ويجب أن يباشر الحق فى العدول خلاله ، فإذا لم يتم ذلك تأكد العقد وأصبح نهائيا .

وكذلك يسقط حق العدول إذا كان العقد معتبرا معلقا على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذا لعقد البيع ، كأن يدفع

المشتري من المتعاقدين للثمن أو جزءا منه ، ولم يقم المشتري بذلك . إذ بعد ذلك نزولا منه عن حق العدول^(١).

الفرض الثاني :

ألا يكون ثمة ميعاد للعدول عن العقد ، سواء بالاتفاق أو بحسب العرف . في هذا الفرض يظل خيار العدول قائما إلى أن يصدر من المتعاقد ما ينم عن رغبته في تأكيد العقد ، إما صراحة أو ضمنا ، إذ يعتبر ذلك منه نزولا عن خيار العدول .

والرغبة في تأكيد العقد هذه ، قد تتم بصورة صريحة أو ضمنية تستخلص من ظروف الحال ، كأن يقوم المتعاقد بعد دفع للعربون أو قبضه على حسب الأحوال ، بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته .

ويراعى أنه يجوز لأى من المتعاقدين أن ينذر الطرف الآخر بالتنفيذ أو إيداء رغبته في العدول في مدة معينة^(٢).

آثار العربون :

١٩٦- أولاً : في حالة العدول عن العقد :

إذا كانت دلالة العربون هي أن يكون لأى من الطرفين الحق

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة ١٩٨٠ ص ٧٨ .

(٢) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤

فى العدول عن العقد ، وتم العدول - بالتفصيل السابق- فإن الطرف الذى عدل عن العقد يجب عليه أن يدفع للمتعاقد الآخر قدر العربون . فإذا كان هو الذى دفع العربون فقدته وأصبح العربون حقا لمن قبضه .
وإذا كان هو الذى قبض العربون وجب عليه أن يرده ويرد مثله^(١).

والمعاقد الذى تم العدول من جهته يلزم بقيمة العربون باعتباره ثمنا لاستعماله الحق فى العدول لا باعتباره تعويضا عن الإخلال بالتزامات ناشئة عن العقد . ولذلك لا يشترط فى استحقاق هذا الثمن

(١) وقد جاء بنص للفقرة الثانية من المادة ١٠٣ أنه : " فإذا عدل من دفع العربون ، فقدته . وإذا عدل من قبضه رد ضعفه الخ " والصحيح لغة " ضعفيه " فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لضعف واحد . وضعف الشيء مثله فى المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . ومثل ذلك قوله تعالى : " ربنا آتهم ضعفين من العذاب " سورة الأحزاب ٦٨ أى مثل العذاب مرتين .

وجاء فى مختار الصحاح (للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى) ترتيب محمود خاطر ص ٣٨١ أن : (ضعف) الشيء مثله (وضعافه) مثلاه (وأضعافه) أمثاله .

والمعنى الذى استعمله المشرع خطأ شائع فى تفسير اللفظ (السنهورى ص ٢١٨ هامش ٨١ - للمستشار أنور طلبه ص ٤٣٢) .

حدوث ضرر للطرف الآخر من جراء العدول وهو ما نص عليه
المشرع صراحة في المادة (١).

كما لا يلزم في ذلك إجراء تنبيه أو تكليف رسمى .

وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فالشرط
الجزائى يعتبر تعويضا عن الإخلال بالالتزام الأسمى ، ويشترط
فى استحقاقه إعدار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء
إخلال المدين بالتزامه الأسمى ، كما يجوز للقاضى أن يخفض هذا
التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ،
أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه (م ٢٢٤ منى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن النص فى المادة ١٠٣ من القانون المدنى على أن "١-
دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى
العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢- فإذا عدل من
دفع العربون فقدّه ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم
يترتب على العدول أى ضرر " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة - أن القانون قد وضع قرينة مفادها أن الأصل فى دفع

(٢) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء السادس عقد البيع

وعقد المقايضة ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٣ ص ٨٦ - سليمان مرقس ص ٨٢ -

خميس خضر ص ٦٧ .

العربون وقت العقد أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا - مستخلصا من ظروف الدعوى ووقائعها - على أن دفع العربون يقصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن ونية المتعاقدين وحدها هي التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني ، فإذا ثبت للمحكمة اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بالقرينة الواردة في المادة ١٠٣ من القانون المدني سائلة الذكر، بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما في العدول عن الصفقة ، فيستطيع المشتري العدول فيخسر العربون الذي دفعه للبائع نظير هذا العدول ، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع ، ويكون الجزاء في هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذي قبضه ، وذلك بغض النظر عن الضرر الذي يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سائلة الذكر أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأى من الطرفين العدول عن البيع ، ويعتبر العربون المدفوع جزءا من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ إن كان له وجه " .

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤ - لم ينشر بعد)

٢- " إذ كان الثابت من عقد البيع موضوع للدعوى المؤرخ
..... - وبما لا خلاف عليه بين الطرفين - أن المطعون ضده
(المشتري) دفع للطاعن (البائع) مبلغ مائة ألف جنيه عربون الصفقة ،
ولم يتفق الطرفان فى العقد على دلالة دفع العربون ، ثم نشب
الخلاف بينهما أثناء تنفيذ العقد ، عن أى منهما الذى عدل عن البيع
الأمر الذى كان يوجب على المحكمة قبل أن تفصل فى موضوع
النزاع ، أن تتصدى للفصل فى أمرين أولهما دلالة دفع العربون ،
هل كان لإثبات حق العدول للطرفين أم لتأكيد الصفقة ، والثانى أى
من الطرفين الذى عدل ثم تنزل أحكام القانون الواجب إعمالها على
النزاع ، وإذ انتهى للحكم المطعون فيه إلى إلزام الطاعن برد
المتبقى من العربون دون أن يبين الأساس الذى أقام عليه قضاءه
ورفض دعواه الفرعية ، فإنه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤)

١٩٧- ثانياً : فى حالة عدم العدول عن العقد :

إذا كانت دلالة العربون هو حق كل من المتعاقدين فى العدول
عنه ، ولم يعدلا عن العقد ، أو كانت دلالاته تأكيد العقد وجعله باتاً ،
فإن العقد يصبح باتاً ، ولا يكون لأى من العاقدين بإزادته المنفردة
العدول عن العقد .

ويعتبر المبلغ - أو المنقول - المنفوع وقت العقد جزءا من الثمن أو الأجرة - بحسب الأحوال - يخصم مما يستحق على دافعه، باعتباره معجل دفع تنفيذ للعقد .

فإذا كان المشتري مثلا ، هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه استقطع من الأجرة المطلوبة .

أما إذا لم يقم أى من المتعاقدين بتنفيذ هذا العقد ، والذى أصبح باتا ، يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها . فيجوز للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذا عينا ، أو بالتعويض ، أو بالفسخ ، أو بالفسخ والتعويض .

وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورة أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامه للضرر ^(١) .

(راجع طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ قى جلسة ٢٠٠١/١/٤ المنشور سلفا) .

(١) السنهورى ص ٢١٨ ومابعدها المستشار مصطفى هرجه ص ١١٨ .

مادة (١٠٤)

- ١- إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها .
- ٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها.

الشرح

١٩٨. أنواع النيابة :

النيابة إما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية بحسب ما إذا كان القانون أو الاتفاق هو الذى يبين حدودها .
فالولى والوصى والقيم والحارس للقضائى وأمين التفليس والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه نواب قانونيون ، أما الوكيل فهو وحده النائب الاتفاقى .

ولكن إذا نحن نظرنا إلى الجهة التى تقيم النائب ، فإن النيابة تكون قانونية كما فى الولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه ، لأن القانون ودون أى إجراء ، هو الذى يقيمهم نوابا .
وتكون النيابة قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى

وأمين النفيسة لأن الجهة القضائية المختصة هي التي تختارهم .
وتكون النيابة أخيرا اتفاقية كما في الوكيل ، إذ عقد الوكالة هو الذي
جعله نائبا ^(١).

١٩٩- النائب والرسول :

النائب في إجراءات التعاقد عن الأصل يعبر عن إرادته هو لا
عن إرادة الأصل ، ومن ثم يترتب على ذلك ضرورة توافر الإرادة
لديه .

أما الرسول فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد
الأخر ، كما عبر عنها من أرسله . ومثال ذلك أن يبعث الأب ابنه
يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذي سبق أن قدمه له ببيع منزله أو
إيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتحول عن
ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذي يرضى شراءه به .

ويترتب على هذا الخلاف الأساسي في طبيعة الدور الذي يؤديه
كل من النائب والرسول في إجراء التعاقد ما يأتي :

١- لا يشترط أن يكون للرسول متمتع بالإرادة فهو - كما قلنا -
مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ، ومادام هو قد أفلح في نقل الرسالة،

(١) الدكتور أحمد حشمت أو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني الكتاب
الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١١٥- الدكتور جلال
على العدوى أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص ٢١٢ .

فإن التعاقد يتم حتى لو كان معدوم الإرادة تماما، بأن كان صبييا غير مميز أو مجنونا أو معتوها .

أما النائب فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعا بالإرادة .

٢- في التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لا بشخص الرسول، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف الملازمة للعقد . أما في النيابة فالأصل أنه يعتد بالنسبة لهذين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣- في تعاقد النائب يعتبر تعاقدًا بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، في حين أن التعاقد برسول يعتبر تعاقدًا بين غائبين ولو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

٤- لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفي العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه ، إعمالا لفكرة النيابة ، فيقع غير سائغ كأصل عام كما سنرى ^(١).

٢٠٠- شخص النائب هو محل الاعتبار في عيوب الإرادة :

طالما أن إرادة النائب - سواء كان نائبا قانونيا أو اتفاقيا- هي التي تنتشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فإنه يجب

(١) أحمد حشمت أبو سنيت ص ١٢٠ ومابعدا - عبد الفتاح عبد الباقي ص

الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل. فإذا لحقت إرادة النائب عيب من العيوب التي تؤثر في الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التدليس ، فإن العقد يكون قابلا للبطلان لمصلحة الأصل ، رغم إن إرادة الأصل براء من شوائب العيب .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فمادامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل. وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد. فإذا انتزع رضاه بالإكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب ... الخ " (١).

وإن مقتضى الفقرة الأولى من المادة أن العقد الذى تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان النائب واقعا فى غلط أو كان من ضحية تدليس أو إكراه ولو لم تتعرض إرادة الأصل لعيب من هذه العيوب .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩١ .

ويكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم ببطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه نائبه أو التدليس أو الإكراه الواقع على النائب ، بصرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه .

ويلاحظ أن دعوى البطلان للنسبى المترتبة على تعيب إرادة النائب هي للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه الذى شاب إرادة نائبه وليس للنائب أن يرفع تلك الدعوى اللهم إلا إذا كان لنائبته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان نائباً فيه بالذات .

وهذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق النيابة تعود إلى الأصيل ، فإن دعوى البطلان النسبى إن هي إلا أثر مترتب على العقد الذى يشوب إرادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون^(١).

٢٠١- شخص النائب هو محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة وافترض العلم بها :

(١) الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية ١٩٨٠ ص ٤٩ ومابعدھا- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية للعقد والإرادة المنفردة طبعة ١٩٨٤ ص ٢٢٥ ومابعدھا .

ما ذكرناه سلفا بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوءها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملائمة أو على جهل بها ، فإننا كقاعدة عامة ، نتقصى هذا العلم أو ذلك الجهل في شخص النائب لا شخص الأصل . فيلزم مثلا لصحة البيع أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، وإلا كان للمشتري طلب إبطال البيع (م ٤١٩ مدنى) فإذا اشترى الولي شيئا نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع فى الأول دون الثانى .

وإذا كان النائب سىء النية يعلم أو من المفروض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدي إلى إفسار المتعاقد الآخر أو الزيادة فى إفساره ، فإنه يجوز لدائنى المتعاقد الآخر أن يطعنوا فى هذا التصرف بعدم النفاذ (بالدعوى البوليصية) طبقا لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى ، ولو كان الأصل حسن النية لايعلم بإفسار المتعاقد الآخر^(١).

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام - منشأة المعارف بالإسكندرية ص ٢٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لاشخص الأصل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين محسر ، توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصل يظل بمعزل عن هذا التواطؤ " (١).

٢٠٢- تصرف الوكيل وفقا لتعليمات موكله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه ومع ذلك إذا كان النائب وكلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض أن يعلمها .

وواضح أن هذا النص خاص بالوكيل دون غيره من النائبين . فإذا تصرف الوكيل وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصل ، فإنه يمتنع على الأصل فى حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو ، أو كان مفروضا فيه حتما أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضا الأصل من عيوب . فإذا وكل شخص آخر مثلا فى شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لا يستطيع

(٢) مجموعة الأعمال للتحضيرية جـ ٢ ص ٩١ وما بعدها .

أن يتمسك فى مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذى اشتراه، إذا كان هو يعلم به وإذا كان الموكل قد فوض وكيله فى شراء البيت الذى عينه له فى حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل فى حدود هذا الثمن ، فإنه يمتنع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب فى غلط فى أمر من أمور المنزل، إذا كان هو نفسه لم يقع فى هذا الغلط . أما إذا كان الموكل فى الحالة التى نحن بصددھا، هو الذى وقع فى الغلط أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساس الغلط . وليس فى هذا الحكم خروج فى الحقيقة على الأصل العام القاضى بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصل فى تقصى عيوب الرضاء وفى العلم أو الجهل بالأمر الخاصة . إذ أن من يتولى التعاقد لحساب غيره لا يعتبر نائباً عنه ، إلا فى حدود ما يجىء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصل ، غلبت عليه ، فى حدود تنفيذه تلك التعليمات، صفة الرسول ، لا النائب .

مادة (١٠٥)

إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

الشرح

٢٠٣- انصراف آثار العقد الذي يبرمه الوكيل إلى الأصيل :

إذا أبرم النائب العقد في حدود نيابته باسم الأصيل، فإن أثر العقد يضاف إلى الأصيل . ويترتب على ذلك أنه بعد تمام العقد لاتقوم بين النائب ومن تعاقد معه علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد. فلا يستطيع النائب أن يطالب من تعاقد معه بحق ناشئ عن العقد إلا إذا خولت له النيابة تنفيذ العقد كما خولت له إبرامه ، وفي هذه الحالة تكون المطالبة باسم الأصيل ، كذلك لا يستطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد .

والعلاقة بين النائب والأصيل يحكمها المصدر الذي يحدد سلطة النائب . فإذا كانت النيابة اتفاقية كان عقد الوكالة هو الذي يحدد حقوق النائب والتزاماته قبل الأصيل . وإذا كانت النيابة قانونية تولى القانون تحديد هذه الحقوق والالتزامات . ومن هذا فإن حكم هذه العلاقة مسألة مستقلة عن حكم الآثار التي تترتب على

التصرف الذى يبرمه النائب^(١).

أما فى العلاقة بين الأصل والغير فيتجلى فيها الأثر الذى يترتب على النيابة إذ تنشأ بينهما علاقة مباشرة ، فهما المتعاقدان ، وهما من هذا اللذان تترتب فى حقهما آثار التصرف . أما شخص النائب الذى أبرم العقد أو ساهم فى إبرامه فإنه يخفى تماما فيما يتعلق بهذه الآثار ويترتب على كون الأصل هو المتعاقد أنه لو أناب شخص آخر فى إبرام تصرف يحرم عليه أن يبرمه ، كما لو كان الأصل قاضيا لايجوز له أن يشتري الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها ، فإن التصرف الذى يبرمه النائب يقع باطلا . كما ينظر إلى الأصل فى تحديد طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى للنقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصل وحده ، عند تعيين مصير آثاره ، فالأصل دون النائب هو

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٣ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٥٣ ومابعدهما .

الذى يعتبر طرفاً في التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة القانونية * (١).

٢٠٤- تعاقد النائب خارج حدود نيابته :

(انظر المجلد السابع : عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة - موضوع رقم ٣٣) .

٢٠٥- إحالة فى تفصيلات كثيرة وقضاء محكمة النقض :

نحيل فى باقى تفصيلات شرح هذه المادة وما صدر بشأنها من قضاء لمحكمة النقض إلى المجلد المشار إليه موضوع رقم (٣٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩٥ وما بعدها .

مادة (١٠٦)

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب .

الشرح

٢٠٦- عدم إعلان العاقد أنه يتعاقد باسم الأصل :

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائنا أو مدينا . وإنما تنصرف آثاره إلى المتعاقد . غير أنه لا يشترط أن يعلم المتعاقد مع النائب بشخصية الأصل ، فيكفى أن يعلن النائب عن صفته ويحتفظ بحق الكشف عن شخصية الأصل في وقت لاحق ^(١).

وبانصراف آثار العقد إلى المتعاقد يكون النائب في هذه الحالة وكيلا مسخرا أو اسما مستعلا إذ أعار اسمه للموكل فتتصرف آثار العقد إلى الأخير في علاقته بالنائب . ومن ثم يلتزم النائب بنقل ما اكتسبه من حقوق إلى الأصل فإن كان قد سجل العقد باسمه ، تعين عليه إعادة التسجيل باسم الأصل وإلا جاز

(١) جلال على العلوى ص ٢٢٠ ومابعدها .

للأخير أن يستصدر حكما بانصراف أثر التصرف إليه ثم يؤثر بهذا الحكم على هامش تسجيل النائب وتعتبر الملكية قد انتقلت إليه من وقت التسجيل الذي قام به النائب وليس من وقت التأشير بالحكم ، إذ ينصرف التسجيل أصلا إلى الأصل ولو تم باسم النائب ^(١) .
(أنظر في الوكيل المسخر المجلد السابع : عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة - موضوع رقم ٢٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقبت - مع المقاول - نيابة عن أعضائها ، وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هي صاحبة الحق في مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا " .
(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ في جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٤٧ .

٢- " مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدني أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لابیصفته وکیلا ولكن بصفته أصیلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصیل الذى وكله فى إبرام العقد ، وحکم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصیل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فینصرف أثر العقد المبرم إلى الأصیل وإلى من يتعاقد مع الوکیل المستتر " .

(طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٢٠٧- استثناء على القاعدة السابقة :

أردفت المادة (١٠٦) استثنائين على القاعدة التى ذكرتها فى صدرها ، من عدم انصراف أثر العقد إلى الأصیل إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فیسرى فى هذين الاستثنائين أثر العقد إلى الأصیل .

وهذان الاستثناءان هما :

الاستثناء الأول : أن يكون من المفروض جتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة . ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدميه . فهذا يعتبر المستخدم أنه أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل

التجارى . إذ أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها .

وكذلك الشخص الذى يتعاقد مع قبطان السفينة ومع الوكيل بالعمولة ، ومع الخادم الذى يشتري حاجيات منزل مخدومه .

وعلة هذا الاستثناء واضحة . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه فى العقد قد أبرمه معه بوصفه نائباً عن أصيل معين ، ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بهذا الأمر ، فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصيل ، وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته للشخصية . ومن هنا كان حقه فى تجاهل الأصيل ، وعدم اعتبار العقد قائماً معه ، إذا أراد ذلك بطبيعة الحال ^(١).

ويذهب رأى فى الفقه ^(٢) إلى أن هذا الاستثناء ظاهرى . لأن المقصود به أن يستفاد من الظروف بصورة واضحة علم من تعاقد مع النائب بوجود النيابة فالمسألة تتعلق بحالة تستفاد فيها نية النيابة لدى النائب بطريقة ضمنية ، كما هى الحال فى الأمثلة التى تقدم ذكرها . يدل على ذلك أن عبارة " إلا إذا كان من المفروض حتماً "

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٨ .

(٢) عبد المنعم للصدده ص ٢٥٠ .

الواردة فى النص كان أصلها فى نص للمشروع التمهيدى "إلا إذا كان يستفاد من الظروف " .

الاستثناء الثانى : إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . ففى مثل هذه الحالة توجد النيابة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل . كأن يكون المبيع ساعة أو سيارة مضمونة لمدة معينة ، أو يزعم شخص شراء منزل أو أرض بصفته ولها عن ابنه القاصر ، ويبرم الشراء بالفعل دون أن يعطى للبائع صفته هذه ، فى هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا ، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلًا بينه وبين الإبن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه ، كان له ما أراد ، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه ، إذ أنه لامصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيما أراده ، ولا دعوى بلا مصلحة ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك فينبغى التفريق بين صور مختلفة . فالقاعدة التى تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل . وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى ، رغم حقيقة نيابته ،

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٩ .

متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغي أن يعلم ، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو نائبه . وقد استحدث المشروع ، باقتباس هذا النص من تقيين الالتزامات السويسري ، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهي التي تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما للزم به الوكيل - وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزما قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصل أو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٩٦ .

الدائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة " .

(طعن رقم ٤٥٩، ٤٧١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٢- " مفاد نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا توافر الاستثناءان المشار إليهما فى المادة المذكورة ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن باسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة ، وأنه لم يقدّم الدليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلًا عن الشركة ، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقًا سليما " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٠)

٣- " الرهينة -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر. وقد اعترفت به الحكومة إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، وقد صرح الأمر العالى الصادر

فى ١٤/٥/١٨٨٣ بترتيب المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس وتحديد لخصائصه بأن للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه ، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة فى تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال لكى يتقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسى للقاضى بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك . وهذا الذى جرى عليه العرف للكنسى ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام .

(طعن رقم ٩ لسنة ٣٢ فى جلسة ٣١/٥/١٩٦٦)

٤- " لئن كان نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس- وهو على ما جرى به قضاء محكمة هذه المحكمة- معترف به فى مصر- يقضى بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها فإن ذلك لايرجع إلى لعدم شخصية أو أهلية الراهب وإنما إلى أنه يعتبر طبقا لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى

تملكه لهذه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ويكون للبيعة فى الحالة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ولا يكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتباً لكل آثاره".
(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٣٤ فى جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠)

٢٠٨- النياية الظاهرة :

(أنظر المجلد السابع) عقد الهبة - عقد الوكالة - عقد الصلح -
موضوع رقم ٣٤).

مادة (١٠٧)

إذا كان النائب ومن تعاقده معه بجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه .

الشرح

٢٠٩- جهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة :

الأصل أنه يلزم لكى يعتبر النائب أنه قد تصرف فى حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن زالت النيابة عن شخص . بأن كان وكىلا ، مثلا وتم عزله أو مات موكله ، أو كان وصيا ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره سن الرشد أو بموته ، أو بأن زالت النيابة بآتى تعيب آخر ، فإن كل تصرف يجريه النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجا عن حدود نيابته . ولايسرى بالتالى فى حق الأصيل إلا إذا لقره ، وهذا هو الأصل العام.

إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا ، إذ أوردت المادة ١٠٧ استثناء على هذا الأصل يقضى بأنه إذا كان النائب ومن تعاقده معه بجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه .

ومحل هذا الاستثناء أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاملا ل انتهاء النيابة . فلا يكفى أن يجهلها أحدهما دون الآخر .
والقصد من هذا الاستثناء هو توفير الثقة والاستقرار فى المعاملات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصل أو إلغاء التوكيل فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية ، لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقد هذا ملزما للأصل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار " (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه - حقا كان أو التزاما - يضاف إلى الأصل أو خلفائه " .

ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٢ .

بجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد . فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التي أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتي تتمثل في انصراف أثر العقد إلى الأصل ، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباراه وكيلًا ظاهرًا مبررًا لنقمة " .

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

وقد توسعت محكمة النقض - بحق - في إعمال حكم المادة ١٠٧ فجعلته يسرى على إجراءات التقاضى أمام المحاكم ، مقررًا صحة هذه الإجراءات ، حتى ما جاء منها في مواجهة النائب بعد زوال نيابته ، مادامت للمحكمة لم تنبّه إلى زوالها ^(١) .

إذ قُضت بأن :

" إذا كان المدعى قد مثل في الدعوى تمثيلًا صحيحًا وقت رفعها ابتداءً بواسطة والدته بوصفها وصية عليه ، فإن بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى - إذا لم تنبّه المحكمة إليه -

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣٥ .

لا يكون من شأنه أن يحول دون اعتبار حضور والدته عنه حتى صدور الحكم في الدعوى - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - حضورا منتجا لأثاره القانونية ، ذلك أنه ببلوغه سن الرشد يكون قد علم بالدعوى بواسطة والدته التي كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته في تمثيله لا زالت قائمة على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابتها عنه قانونية فإذا التزمت والددة المدعى موقف التجهيل بالحالة التي طرأت على ولدها ببلوغه سن الرشد إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي فوجه المحكوم عليه استئنافه إليها بالصفة التي أقيمت بها ابتداء ، وكان قد تحدد بموجب الحكم الصادر من محكمة أول درجة أطراف الخصومة بالنسبة للاستئناف، وكان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولا ينقض ما تم على يديه ، فإن اختصام المستأنف ضده في الاستئناف ممثلا بواسطة والدته يعد اختصاما صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية . وإذا استمرت والدته على موقف التجهيل أثناء سير الاستئناف فإن الحكم يصدر في هذا الاستئناف كما لو كان قد حضر المستأنف ضده بنفسه الخصومة فيه " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

مادة (١٠٨)

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

الشرح

٢١٠- حظر تعاقد النائب مع نفسه :

حظرت المادة على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . فلتعاقد مع النفس المحظور صورتان :

الصورة الأولى ، أن يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى . ومثل ذلك أن يهب الأب بصفته للشخصية ماله لابنه ، ثم يقبل الهبة بصفته ولها عنه ، أو أن يبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد ودیعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلا للقانونى .

والصورة الثانية ، أن يبرم الشخص العقد بصفته نائبا عن كل من طرفيه ، كما لو باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له ، بصفته ولها عن الاثنين .

ففى الصورة الأولى يتحقق للتعارض بين مصالح الشخص ومصالح الأصل مما يخشى معه أن يضحى العاقد بمصلحة الأصل فى سبيل مصلحته .

وفى الصورة الثانية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة ومصلحة الأصل لا تكتسب لها ضمانات الحماية الواجبة ، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطرفين ^(١).

٢١١- عدم نفاذ التعاقد فى حق الأصل :

للعلة التى ذكرناها فى البند السابق ، اعتبر تعاقد النائب مع نفسه بدون ترخيص من الأصل غير نافذ فى حق الأصل ، لأنه إذا تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحا به قانونا اعتبر أنه فى تعاقد هذا خارجا عن حدود نيابته ، ومن ثم لا يكون التصرف نافذا فى حق الأصل ^(٢)، كالأشأن فى أى تصرف يتجاوز

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٠٥ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فى نظرية العقد ص ٢٤٠- عبد المنعم الصده ص ١٥٨ - الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية طبعة ١٩٨٠ ص ٢٣٢ - المنهورى ج١ طبعة ٢٠٠٤ ص ١٧٠- وقارن مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عن المادة (١٦١) من المشروع التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون ".... اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصل" مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٠٦ - وهذا من

فيه النائب حدود نيابته . ولوجود قرينة قانونية هي أن الشخص إذا وكل غيره عنه في التعاقد فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل^(١).

وقد نصت المادة على أنه : " يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد "^(٢) - وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذي قام به النائب مجاوزا حدود نيابته ، فإن التصرف ينفذ في حقه .

المذكرة غير سديد ، إذ أن التكييف القانوني السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، في الحالة التي نحن بصددنا ، يقع غير نافذ في حق الأصيل على النحو الوارد بالمتن . وكان الدكتور السهوري يأخذ برأي مذكرة المشروع التمهيدى وفهره في هذه المذكرة ثم عدل عنه (راجع السهوري ص ١٧٠) .

(١) السهوري ص ١٧٠ .

(٢) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير " الإجازة " وفي هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (م ١/١٣٩ مدني) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الإقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ في المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الإقرار ويبدو أن استبدال تعبير الإجازة به تم في بعض مراحل التقنين بغير التفات إلى لفارق الاصطلاحى بين التعبيرين (جمال مرسى بدر ص ٢٣٢ هامش ١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"١- يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين : فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى بذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ، ومصالح الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين . ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصل .

ومع ذلك فقد أبيح للأصل أن يأذن للنائب فى التعاقد فى هذه الصورة ، أو أن يقر التعاقد بعد حصوله . ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص" (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نقضى المادة ١٠٨ من القانون المدنى بأنه : " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل " فإذا

حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذاً في حق الأصل إلا إذا أجازته ، وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التي يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد . فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلاً لها وقد تضمن هذا الإيصال - على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه- إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة ودیعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمناً انعقاد ودیعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباری الذى ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملاً بالمادة ١٠٨ سالفه الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالي لايجوز للمدير أن يرجع على الشركة على أساس عقد الودیعة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقراراً منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الودیعة وكان هذا الإقرار منصفاً على ذات الودیعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الناشئ عن عقد الودیعة ، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالي يدور معه وجوداً وعدماً ، ومن

ثم فإن عدم نفاذ الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩)

٢- " إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا وكل عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه الوكالة إلى حد أن يبيع للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا فى حق الموكل إلا إذا أجاز له . والقرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدما للوكيل فى التعاقد مع نفسه وفى هذه الحالة يعمل الوكيل فى حدود وكالته إذا تعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذا فى حق الأصيل " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢ - غير منشور)

٢١٢- تطبيقات تشريعية لقاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

جاء فى القانون المبنى فى مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٨ فى المواد ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ،

وهي تقضى بأن :

١- لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما ينط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون متصوفا عليه فى قوانين أخرى (م ٤٧٩) .

٢- لا يجوز للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء لكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م ٤٨٠) .

وقد نصت المادة ٤٨١ على أن العقد يصح فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين سالفتي الذكر إذا أجازته من تم البيع لخصابه .

٢١٢- استثناءات على قاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

يتفرع عن أن العلة فى تحريم التعاقد مع النفس هى حماية مصلحة الأصل ، أنه متى تحققت تلك المصلحة ، أو افترضت كذلك ، كان التعاقد مع النفس سائغا . وهذا ما يقع فى الحالتين الآتيتين :

(الحالة الأولى) : أن يرى الأصل ذلك ، فيرخص ابتداء بالتعاقد، مثال هذه الحالة ، أن يوكل شخص آخر في بيع مال له أو في تأجير ، مع الترخيص له في أن يشتريه أو يستأجره لنفسه . أو يقر الأصل التعاقد بعد وقوعه إذا كان لم يرخص به ابتداء .

(الحالة الثانية) : الحالة التي يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون في حالة معينة بإجازة التعاقد مع النفس ، تحتم العمل بحكمه .

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه : " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " ^(١).

وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا التعاقد .

(١) ومن الحالات التي ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تنص عليه المادة ٦ من المرسوم بقانون المذكور من أنه لا يجوز للولي ، حتى ولو كان أباً، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوج أو لأحد أقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة .

وعن إشارة المادة إلى ما تقضى به قواعد التجارة جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إياحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى^(١). ومن أمثلة ذلك أيضاً ما تقضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية، وكلفه آخر بشراء هذه الكمية. فضلاً عن أن ذلك مما تقضى به ضرورات التجارة فإن مظنة التحيز لأحد الطرفين قد يستبعدا أو يقلل منها رغبة كل منهما فى الإبقاء على عمله^(٢).

-
- (١) ويذهب البعض إلى أنه إذا كان هو المقصود بعبارة قواعد التجارة في المادة (١٠٨) كان في إدخالها ضمن الأحكام العامة في النيابة نظر ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصل فتلحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره إلى الأصل بينما أن لتعاقد باسم الأصل شرط أساسى لتحقق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة إلى الأصل (مادة ١٠٦)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكلياً غير نائب كان في إدخال تصرفه عن طرفى العقد في باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر. (جمال مرسي بدر ص ٢٣١ وما بعدها).
- (٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣٩ وما بعدها - أحمد حشمت أبو سكتيت ص ١٢٦ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إياحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإياحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ليس ما يمنع فى القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع الصفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشتري ولايغير من الأمر شيئا ألا يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لأن انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها "

(طعان رقما ٣٧٩ ، ٣٨٢ لسنة ٢٢ فى جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٦ .

مادة (١٠٩)

كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون .

الشرح

٢١٤ - الأصل في الشخص توافر الأهلية :

الأصل في الشخص توافر الأهلية ، أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون . ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية .

والأهلية مناطها للتمييز ، فحيث يوجد للتمييز تتوافر الأهلية ، وتكون الأهلية كاملة أو ناقصة تبعاً لما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً ، وتهيمن هذه القاعدة الأساسية على جميع الأحكام الخاصة بالأهلية .

ويراعى في ذلك الأهلية التى تتطلبها الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء الواردة فى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ، أو فى رأى للراجح من المذهب الحنفى (١) .
وسنتناول فى المواد التالية أحكام الأهلية والحد منها بالتفصيل .

(١) مذكرة المشروع للتبديد جـ ٢ ص ١١٠ .

ونكتفى هنا بتناول مسألتين هما : تقييد الأهلية بعقوبة الجناية.
والأهلية فى الدعاوى المستعجلة .

المسألة الأولى :

٢١٥- تقييد الأهلية بعقوبة الجناية :

تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات على أن : " كل حكم
بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق
والمزايا الآتية :

(أولاً) القبول فى أى خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة
متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة .
(ثانيا) التحدى برتبة أو نيشان .

(ثالثا) الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل
الاستدلال.

(رابعا) إدارة أشغالته الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله
ويعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعينه عينته المحكمة
المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب
النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم
القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة .

ويكون القيم الذى تقره للمحكمة أو تنصبه تابعا لها فى جميع ما
يتعلق بقوامته .

ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة . وكل التزلم يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى من ذاته وتزد أموال المحكوم عليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له للقيم حسابا عن إدارته .
(خامسا) الخ " .

ويبين من هذا النص ما يأتى :

(أ) أن الحرمان من الحقوق الموضحة بالمادة ومنها تلك الخاصة بإدارة الشخص أشغاله الخاصة بأمواله مدة اعتقاله ، يستلزم الحكم على الشخص بعقوبة جنائية . وعقوبة الجنائية هى : الإعدام - السجن المؤبد - السجن المشدد - للسجن (م) ١٠ من قانون العقوبات معدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣) .

أما إذا حكم عليه فى جنائية بعقوبة الجنحة ، بالتطبيق للمادة ١٧ من قانون العقوبات فلا تطبق عقوبة الحرمان من الإدارة . وكذلك إذا حكم عليه فى جنحة بعقوبة الحبس .

(ب) الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجنائية لايجئ نتيجة خلل يغيب فيه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك . ولكنه يجئ عقوبة تبعية توقع بقوة القانون ولو لم

ينص عليها في الحكم^(١).

(ج) لا توقع هذه العقوبة التبعية بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤتمة بأمر من أوامر السيادة ، لأنها لا توقع إلا على الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو الواردة في القوانين الأخرى واللوائح الخاصة .
ومثال الأحكام المشار إليها الأحكام الصادرة من محكمة الثورة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يستلزم حتما وبصفة عامة كل حكم بعقوبة جنائية ترتيب الأحكام الواردة في الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه في المادة ٤/٢٥ من هذا القانون ، وإنما القاعدة في ذلك وفقا للمادة ٨ عقوبات هي مراعاة أحكام هذا الكتاب بالنسبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والجرائم الواردة في القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية ما لم ترد في تلك القوانين أو اللوائح نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور ، وهذا الاستثناء قد يكون كليا أى مانعا من تطبيق جميع الأحكام أو جزئيا أى مانعا من تطبيق بعضها مع سريان

(١) موسوعة هرجه الجنائية التطبق على قانون العقوبات المجلد الأول ص ٢٦٩ - حكام الدين الأهولى ص ١٧٠ وهامش (٢) .

بأقبيها " .

٢- " على المحاكم غير العادية أن تطبق أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ما لم يوجد نص صريح مخالف أو يوجد ما يحول دون تطبيق هذه الأحكام كلها أو بعضها كأن تكون الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم لم ترد في قانون أو لائحة ، وذلك عملا بنص المادة ٨ من قانون العقوبات " .

٣- " إذا كانت الجرائم التي تنظرها للمحاكم غير العادية قد أتمها أمر من أوامر السيادة العليا فإن الأحكام الصادرة بعقوبة جنائية من هذه المحاكم لا تسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٨ من هذا القانون لا تنطبق إلا على الجرائم المنصوص عليها في قوانين أو لوائح خصوصية ولا يجوز قياس أمر السيادة على القانون في هذا الخصوص: أولاً - لاختلاف طبيعة كل منهما ، بل قد يكون في اعتبار أمر السيادة بمثابة قانون تفويت للغرض منه إذ أن الكتاب الأول من قانون العقوبات كما تضمن قواعد قانونية تسرى على الجرائم والعقوبات فإنه تضمن أيضا قيودا لا تتفق مع عمل السيادة .

وثانيا - لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، وثالثا - لأنه في مجال توقيع العقوبات لا يجوز التوسع في التفسير " .

٤- " الأمران الصادران في ١٣ ، ١٦ من سبتمبر سنة ١٩٥٣

بتشكيل محكمة الثورة وبيان الأفعال التي تعرض عليها والعقوبات التي توقعها لم يصدر بهما قانون أو لائحة بل صدرا على أنهما عمل من أعمال السيادة العليا التي خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ ولذلك لم يتبع فى شأنهما ما يتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية ، كما تفيد نصوص هذين الأمرين صراحة استثناء أحكام قانون العقوبات بما فيها الكتاب الأول منه فيما استثنى تطبيقه وهى القوانين العادية جميعها لتعارض هذا التطبيق مع الغرض الذى أنشئت من أجله المحكمة المذكورة " .

٥- " إذا تضمن أمر السيادة تشريعا فإن هذا التشريع يختلف عن القانون فى معنى المادة الثامنة من قانون العقوبات وتكون له طبيعة عمل السيادة الذى يعلو على القانون ولا ينزل إلى درجته ، ومن ثم فإنه لايجوز قياس أمر السيادة الصادر بتشكيل محكمة الثورة على القانون للقول بسريان أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات على الجرائم التى تضمنها هذا الأمر " .

٦- " القول بأن الحرمان المنصوص عليها فى المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات هو مما تستلزمه طبيعة عقوبة الجناية وبأن من أغراضه حماية المحكوم عليه وأنه لذلك يترتب على كل حكم بعقوبة جنائية أيا كانت المحكمة التى أصدرته وأنه لايشترط أن

يكون هذا الحكم قد صدر بالتطبيق لأحكام قانون العقوبات وفى جرائم مما نص عليه فى هذا القانون أو القوانين واللوائح الخصوصية ، هذا القول غير صحيح ، ذلك أن الأحكام الصادرة من المجالس العسكرية بعقوبة جنائية لا يترتب عليها حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله وكذلك الأحكام الصادرة بهذه العقوبة من المحاكم العسكرية البريطانية لم يكن يترتب عليها هذا الحرمان رغما من أن تنفيذها كان يتم فى السجون المصرية " .

٧- " عقوبة السجن الواردة فى المادة ٣ من الأمر الصادر بتشكيل محكمة الثورة ليست هى بذاتها عقوبة السجن المنصوص عليها فى المادة العاشرة من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٣ من أمر التشكيل لم تعين - على خلاف أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات - حدا أدنى وحدا أقصى لعقوبة السجن " .

٨- "إن ما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢ من الأمر الصادر بتشكيل محكمة الثورة من جواز إعفاء المحاكم العادية أو غير العادية من نظر بعض القضايا وعرضها على محكمة الثورة لا يفيد الإحالة على قانون العقوبات فى خصوص الجزاءات التى توقعها المحكمة المذكورة" .

٩- "محكمة الثورة هى محكمة ذات سيادة لا تسرى على الجرائم التى تحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى الكتاب الأول

من قانون العقوبات سواء أكانت الجريمة التى عاقبت عليها هى مما أثمه لأول مرة الأمر الصادر بتشكيلها أم من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى القوانين الأخرى لأنها فى كلتا الحالتين إذ تعاقب المتهم إنما تمارس سيادة عليا تسمو على القوانين العادية ويمكن تشبيهها من بعض النواحي فى هذا الخصوص بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما كان ينقد بوصفه محكمة عليا بناء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة أى شخص متهم بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو لمحاكمة رئيس الجمهورية بتهمة الخيانة العظمى أو لمحاكمة الوزراء ، فقد كان هذا المجلس يصدر فى قضائه على أنه محكمة عليا ذات سيادة لانتقيد بنصوص القوانين العادية ولا بقاعدة أن " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص" وتقضى بتأثير أفعال لم يرد فى القانون الفرنسى نص بتأثيرها وتضع العقوبة التى تراها وتقضى أحيانا بالإعفاء من العقوبة الأصلية أو الحكم بالعقوبة التبعية على أنها عقوبة أصلية" .

(طعن رقم ٣ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣)
(د) الحرمان يشمل حرمان المحكوم عليه من " إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملكه مدة اعتقاله " . وهذا الحرمان هو تقرير "حجر قانونى" يشمل كل أعمال الإدارة ويضع قيда على أعمال التصرف . وهذا الحجر هو اعتراف بحقيقة الواقع ، إذ المحكوم

عليه عاجز فعلا أثناء فترة اعتقاله عن إدارة أمواله ، والحجر من هذه الوجهة في مصلحته لأنه يضع إدارة أعماله في يد شخص قادر على ذلك . ولكن الشارع قد استهدف به ضمان تنفيذ العقوبة على الوجه المطابق للقانون . وذلك بالحيلولة بين المحكوم عليه وبين أن يستغل أمواله في الهرب أو تحسين وضعه في السجن .

(هـ) هذا الحرمان خاص بإدارة المحكوم عليه لأشغاله الخاصة بأمواله . فلا يشمل حقوقه الشخصية كالزواج والطلاق والإقرار بالنسب وما إليها ، فله أن يستعملها بغير تقييد .

(و) تنفذ هذه العقوبة على المحكوم عليه طوال فترة اعتقاله ، وتنفذ على المحكوم عليه بعقوبة الإعدام في الفترة بين صيرورة الحكم واجب التنفيذ وبين تنفيذه .

كما تلحق المحكوم عليه إذا عفى عنه ما لم ينص قرار العفو على خلاف ذلك ، أو سقطت العقوبة بالتقادم^(١) . كما أنها تنقضى بالإفراج الشرطي .

ولا محل لهذه العقوبة قبل البدء في تنفيذ عقوبة الجناية ولو كان ذلك لهرب المحكوم عليه .

(ز) الحجر على المحكوم عليه يقتصر على أعمال الإدارة ،

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات للقسم العام طبعة

فهى التى تغل عنها يد المحكوم عليه .

أما أعمال التصرف - سواء أكانت بعوض أم بغير عوض -
فيبقى الحق فى مباشرتها للمحكوم عليه ، ولكن يقيد فى ذلك
بالحصول على إذن المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته ^(١) .
فإذا لم يحصل المحكوم عليه على هذا الإذن ، وقع تصرفه
باطلا بطلانا مطلقا .

ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى
التزام ^(٢) .

(ح) يكون المحكوم عليه عديم الأهلية فى التقاضى أمام المحاكم
سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ، ويمثله فى ذلك طوال مدة
تنفيذ العقوبة القيم الذى تعينه المحكمة . إلا أنه إذا كان قد اختصم
بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة لأن السبيل الوحيد
للطعن فى هذا الحكم هو رفعه بذات الصفة التى كان مختصما بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ولئن كان مؤدى نص المادتين ٢٤ ، ٢٥/٤ من قانون العقوبات
أن كل حكم بعقوبة جنائية يستتبع حتما وبقوة القانون حرمان

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام
الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص ٤٣١ - الدكتور محمود نجيب حسنى ص ٨٢٢ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ١١٨ .

المحكوم عليه من حق إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملكه مدة اعتقاله ، على أن يعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورة بناء على طلب النيابة العامة أو ذى المصلحة فى ذلك إلا إذا وجد فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين الأخرى وللوائح الخصوصية نص يستثنى المحكوم عليه من هذا الحرمان مما مؤداه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله فى ذلك - طوال مدة تنفيذ العقوبة - القيم الذى تعينه المحكمة المدنية لذلك بناء على طلب النيابة أو ذى المصلحة إلا إنه إذا اختصم المحكوم عليه بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة وكان السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم بطريق النقض هو التقرير به بذات الصفة التى كان مختصما بها أمام محكمة الاستئناف فإن طعنه بالنقض على هذا النحو يكون مقبولا شكلا " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٦ - لم ينشر بعد)
(ط) يجوز للمحكمة المدنية أن تلزم القيم الذى بتصبه بتقديم كفالة . ويكون للقيم الذى تقره المحكمة أو تنصبه - إذا كان المحكوم عليه لم يعين قيما - تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته، فلا علاقة لمحكمة الأسرة بهذه المسألة .

(ي) يلتزم القيم عند انتهاء مهمته بأن يرد إلى المحكوم عليه أمواله ويقدم له حساباً عن إدارته .

المسألة الثانية:

٢١٦- الأهلية فى الدعاوى المستعجلة :

لا يشترط أن تتوافر فى الدعاوى المستعجلة الشروط اللازمة لأهلية التقاضى أمام القضاء العادى، بل يكفى أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة وحالة فى الإجراء. والسبب فى ذلك يرجع إلى أمرين: ١- أن طبيعة الاستعجال وما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى القاضى المستعجل لاتخاذ إجراءات سريعة لدرء الخطر العاجل قد تتعارض مع المطالبة بأهلية التقاضى العادى والتى يلزم لها شروط معينة وبعضها تراخيص خاصة من هيئات خاصة قد تستغرق وقتاً للحصول عليها .

٢- أن الحكم الصادر من القاضى المستعجل له حجية مؤقتة ، ولا يمس أصل الحق الذى يبقى دائماً سليماً بالرغم من صدوره ^(١).
على أن هذا الاستثناء يقتصر على الأهلية الإجرائية دون أهلية

(١) راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة السابعة ١٩٨٥ ج ١ ص ٨٣- المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل للطبعة الثالثة ١٩٦٨ ص ٥٧٦ وما بعدها - مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثالثة ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ٤٢٤ وما بعدها .

الاختصاص فهذه يجب توافرها أيضا في الخصومة المستعجلة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضى لأن الحكم المطلوب يكون حكما وقتيا لا يمس الموضوع ، ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانونى من وقت " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٤٨ فى جلسة ١٩٨١/٣/٢٦)

وبالترتيب على ذلك :

١- يجوز لناقص الأهلية الذى بلغ الثمانى عشرة سنة أو حتى قبل ذلك فى حالة الضرورة القصوى وكذلك للسفيه رفع الدعوى أمام القضاء للمستعجل .

إلا أن ذلك غير جائز بالنسبة لعديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، لأنه لا يدرى ما يقول أو يفعل ولا يسأل عن أعماله .

٢- أنه يجوز لناقص الأهلية أن يرفع الدعوى أمام القاضى المستعجل إذا تعارضت حقوقه مع مصلحة الوصى أو التقسيم أو الولى مهما كان الباعث على ذلك .

٣- أن يرفع الوصى الدعوى المستعجلة بغير إذن من المحكمة.

٤- أن ترفع الدعوى من أحد ناظرى الوقف المعينين بشرط عدم الانفراد فى التقاضى أمام القاضى المستعجل إذا لم يوافق الناظر الآخر على التقاضى أمامه .

٥- أن ترفع الدعوى من المستحق للوقف أمام القاضى المستعجل للمحافظة على حقوقه قبل الناظر أو للمحافظة على حقوق الوقف قبل الغير إذا أهمل أو تراخى المتولى فى صيانتها إذا كان الوقف شاغرا .

كما يجوز ذلك للوكيل فى حالة الوكالة العامة أو لأحد الشركاء على الشيوع بالنسبة لكافة الأموال المشتركة أو لمدير الشركة بغير ترخيص من مجلس الإدارة ^(١).

(١) راتب وآخرين ص ٨٣ وما بعدها .

مادة (١١٠)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

الشرح

٢١٧- ليس للصغير غير المميز التصرف فى ماله :

الصغير غير المميز هو الطفل الذى لم يبلغ السابعة من العمر طبقا للتقويم الميلادى . وهكذا تقدر سن التمييز بسبع سنوات . فالأمر لا يرتبط بقياس درجة إدراك الطفل وتمييزه من الناحية الفعلية . وإنما يتعلق بقربة قانونية قاطعة أى غير قابلة لإثبات العكس مضمونها أن الطفل دون السابعة من عمره لا يكون مميزا ولو كان مميزا بالفعل . وأن الطفل فى السابعة من عمره مميزا حتى ولو تأخر تمييزه وإدراكه إلى ما بعد ذلك ^(١).

والصبي غير المميز غير أهل لمباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية ، وعدم الأهلية هذه لا تقتصر على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة فقط بل تمتد أيضا إلى عقود الاغتناء ، أى ما كان منها نافعا نفعا محضا ، فهو غير أهل لقبول الهبة وسائر التبرعات ، فضلا عن مباشرة أى تصرف آخر يؤدى

(١) الدكتور نعمان خليل جمعه دروس فى المنخل للعلوم القانونية طبعة

إلى إيجاب حق عليه للغير للغير كبيع أو شراء ونحوهما .
والذى يتولى عن الصغير مباشرة جميع التصرفات هو من
يمثله قانونا ، الولى أو الوصى على نحو ما سنرى (١).

٢١٨ - أثر تصرف الصبي غير المميز :

إذا صدر تصرف ما من الصغير غير المميز كان هذا التصرف
باطلا بطلانا مطلقا (٢).

والبطلان المطلق الذى يترتب على أعمال الصبي غير المميز
من شأنه أن يهدم الأعمال فتكون غير موجودة ولا أثر لها قانونا .
ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان :

الأولى : أن طلب الحكم بالبطلان ليس مقصورا على الصغير
وحده (بعد بلوغه سن الرشد) أو الولى عليه ، بل يحق طلبه لكل
من له مصلحة فى تقريره .

والثانية : أن البطلان لا يزول بالإجازة ، بمعنى أن التصرف

(١) عبد المنعم البدرولى فى المنخل للقانون الخاص الطبعة الأولى سنة
١٩٥٧ ص ١٤٢ وما بعدها .

(٢) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساعل سعادة
العشماوى باشا هل تكون تصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلانا
مطلقا فأجاب الدكتور بخدادى تكون باطلة فقط وهذا هو البطلان المطلق
والمشروع لم يستعمل لاصطلاحى البطلان المطلق والنسبى وإنما
استعمل لاصطلاحى البطلان والقبالية للبطلان . (محضر الجلسة السادسة
مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١١٣ وما بعدها) .

الصادر من الصغير لا يمكن أن تصححه إجازته له بعد بلوغه ولا إجازة الولي عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يدل النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبي المميز ليست له في الأهلية أهلية التصرف في أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . إلا أنه يجوز لوليّه إذا كان هو الأب أن يصلح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه " .

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

مادة (١١١)

- ١- إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .
- ٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون .

الشرح

٢١٩- أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية ، باختلاف نوع هذه التصرفات .

والتصرفات فى هذا الصدد تنقسم أساساً إلى ثلاثة هى :

- ١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً : وهى التصرفات التى تؤدى إلى تملك الشخص مالا أو حصوله على منفعة دون عوض بل دون أى تكليف ، مثال ذلك الهبة غير المقرنة بشرط والاشتراط لمصلحته فى عقد من عقود التأمين .

وحكم القانون بالنسبة لهذه التصرفات إذا ما صدرت من الصبى المميز أنها صحيحة أى أن الصبى المميز يتمتع بأهلية أداء كاملة بالنسبة لها .

٢- تصرفات ضارة ضررا محضا : وهى التصرفات التى تؤدى إلى خروج مال من ثمة الصغير دون مقابل أو عوض . وتعتبر باطلة بطلانا مطلقا متى صدرت من ناقص الأهلية .
فيعتبر الصبى المميز بالنسبة لهذه التصرفات عديم الأهلية شأنه فى ذلك شأن الصبى غير المميز ، ومثال هذه التصرفات هبة الصغير لمال معين من أمواله وإيرائه لمدينه من دين عليه والتبرع^(١).

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر :

وهى التصرفات التى لا تتمحض للنفع ولا للضرر ، وإنما هى التصرفات التى بمقتضاها يعطى المتصرف ويحصل على مقابل ما أعطاه وتسمى عقود المعاوضة أو العقود التبادلية . ومثال ذلك للبيع الذى بمقتضاه ينقل البائع ملكية المبيع ويحصل مقابل ذلك على

(١) ويلاحظ فى شأن التبرع أن المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أجازت للولى التبرع بمال لقاصر لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن من المحكمة كما أجازت المادة ٣٨ من ذات المرسوم بقانون للوصى ذلك . وبالنسبة لهذا الاستثناء فإن الصغير نفسه لا يملك التبرع وإنما يملكه الولى أو الوصى وبالشروط التى ذكرها القانون (المستشار الدكتور محمد كمال حمدي الولاية على المال الجزء الأول الأحكام الموضوعية الطبعة الأولى ١٩٦٣ ص ١٤٨ هامش (١) .

الثمن الذى يوديه المشتري . ومثال ذلك أيضا المؤجر الذى يعطى للمستأجر منفعة الشيء مقابل الحصول على الأجرة . ولا يغير من طبيعة هذه التصرفات عدم تعادل الحقوق المتبادلة . فالعبرة هى بالطبيعة الأصلية للتصرف ، بغض النظر عما قد يمس هذه الطبيعة من ظروف خاصة بكل تصرف ، ويكون من شأنها عدم التعادل بين الحقوق التى يحصل عليها كل طرف ^(١).

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

١- أهلية التصرف بعوض أو بمقابل . وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال من صاحبه ، ولو جزئيا ، كالبيع والشراء .

٢- أهلية الإدارة ، وهى الأعمال القانونية التى تنحصر فى استغلال الشيء واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات وتصرفات لتسيير هذا الاستغلال ، فهى من الأعمال التى تحمل صاحبها ، بالتزامات شخصية فقط أى دون أن يكون من بين أهدافها إنشاء أو نقل حق عينى .

ولكن هذا للميعار لا يعبر تماما عن الواقع . فقد استقر الفقه

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٤ وما بعدها - محمد عبد الوهاب خفاجى ص ٢٥٢.

ومعه الشرع عن أن هناك بعض التصرفات التى ترد على حقوق عينية . ومع ذلك تعد من أعمال الإدارة . فمن يدير أرضا زراعية يستطيع أن يشتري السماد والبذور ويستطيع أن يبيع المحصول ويبيع ألبان المواشى . وكذلك يستطيع الوكيل وكالة عامة ، وهو لا يملك سوى أعمال الإدارة ، أن يبيع للثمار والمنقولات التى تكون عرضه للهلاك أو لنقص القيمة ^(١).

والنوع الأول من هذه التصرفات إذا صدرت من الصبى المميز تكون باطلة إلا أن هذا البطالان نسبى وليس مطلقا . أما بالنسبة للنوع الثانى فسنعرض له فيما بعد .

٢٢٠- أهلية الصبى الذى بلغ السابعة :

الصبى الذى بلغ سن السابعة دون أن يصل إلى الواحد والعشرين من عمره ، هو الذى يطلق عليه القاصر أو للصبى المميز ، فهو يميز ولكنه غير رشيد .

وذلك فهو ليس عديم التمييز وليس كامل التمييز ، وإنما هو ناقص التمييز وبالتالي ناقص الأهلية .

ونظرا لطول المدة التى تفصل بين السابعة والواحد والعشرين

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فى نظرية العقد ص ٨٥ - نعمان جمعه ص ٤٥٣ وما بعدها .

من العمر ، والتي تتضمن نموا متدرجا في ملكات القاصر وقدراته
الذهنية أى فى تمييزه وإدراكه وبالتالي فى صلاحيته لإبرام
التصرفات . فقد راعى المشرع ذلك بأن منح للقاصر بعض
الصلاحيات أحيانا ببلوغه السابعة وأحيانا ببلوغه السادسة عشرة من
عمره وأحيانا ببلوغه الثامنة عشرة . وهذا ما نعرض له فيما يلى :

٢٢١- **أولاً : صلاحيات الصبي المميز ببلوغه السابعة من العمر :**

١- تصرف القاصر فى أمواله الموضوعة تحت تصرفه
لأغراض نفقته :

وفى هذا تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة
١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : " للقاصر أهلية
التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال
لأغراض نفقته ويصبح للزلمه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود
هذا المال فقط " .

فقد لاحظ المشرع أن الضرورات العملية تقتضى الخروج على
القاعدة العامة التى تقضى بقبالية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان
إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ، أو ببطلانها إذا كانت ضارة
ضرراً محضاً فهذه الضرورات العملية تجعل ناقص الأهلية مسلطاً
بحكم الواقع على مال يسلم إليه لأغراض نفقته ، ويتعامل معه
الناس فى حدوده وكلهم مطمئن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته

لأغراض جدرة بالرعاية . كطالب قاصر يسلمه أبوه بعض المال للإنفاق منه على نفسه وليس له به بعض حاجاته . ولذلك رأى المشرع أن يساير اتجاه بعض التشريعات الأجنبية ، ليقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته .

وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلا للإدارة والتصرف جميعا ، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة . والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة ، مع الاعتداد بظروف الأشخاص وبيئتهم الاجتماعية ^(١) .

٢- إبرام القاصر عقد العمل الفردى . فقد نصت المادة ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ، والمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لأى مصلحة أخرى ظاهرة " .

فللقاصر إبرام عقد العمل الفردى لى يعمل لدى الغير بمقابل . ويكون العقد صحيحا نافذا . إلا أنه صيانة لمصلحة القاصر وللمصلحة العامة أعطى المشرع للمحكمة نوعا من الرقابة على هذا

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٥١ .

التصرف بحيث تستطيع إنهاءه بالنسبة للمستقبل ، ولا يعد هذا إبطالا للعقد وإنما لإنهاء لأثره .

ومما يبرر إنهاء العقد أن يكون القاصر مريضا أو يكون فى استعداد ما ينبىء بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون ، وكما لو كان للقاصر مجال فى أن يحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى .

وبعد صاحب مصلحة فى إنهاء العقد ولى النفس على الصغير .
ويلاحظ أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل مع عدم الإخلال بنص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التعليم الصادر بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١ . يحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عشر سنة ميلادية كاملة ، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغهم اثنتى عشرة سنة ميلادية ، ويجوز بقرار من المحافظ المختص بعد موافقة وزير التعليم ، الترخيص بتشغيل الأطفال من سن اثنتى عشرة إلى أربع عشرة سنة فى أعمال موسمية لا تضر بصحتهم أو نموهم ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة (م ٦٤) .

٣- تصرف القاصر فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره :

وفى هذا تنص المادة ٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ على أنه : " يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته .

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية " .

وقد أبقى المشرع بذلك على الحكم الذى كان مقررا فى التشريع القديم فى شأن أهلية القاصر الذى بلغ ست عشرة سنة فيما يتعلق بكسب العمل ، ولكنه وسع حدود هذا الحكم وأحاطه بضمانات جديدة تكفل صيانة مصلحة القاصر . والجوهرى فى تقرير هذا النوع من الأهلية المحدودة هو تقدير مكانة العمل وإثثار العاملين بمزايا تتطوى على معنى التشجيع والمكافأة ، ولهذا نصت المادة ٦٣ على أن يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره وعلى أن أثر هذه الأهلية لا يجاوز صحة التزام القاصر فى حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو من صناعته إلا أن من الحالات ما يتكشف فيه الأمر عن قصور تجربة القاصر أو ميله إلى الإسراف أو ضخامة ما يكسبه على نحو يعزى بالانسياق وراء التوسع فى الإنفاق - كما لو كان

يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى الأفلام - ولذلك أضافت المادة نفسها حكما جديدا يقضى بأن للمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى ماله المذكور عندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية^(١).

٤- تصرف القاصر فى المهر والنفقة إذ أئنته المحكمة فى الزواج :

تنص المادة ٦٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه : " إذا أئنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إنذا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق " .

وقد استرشد المشرع فى هذا النص بأحكام بعض التشريعات الأجنبية التى تقضى بثبوت الأهلية بمجرد الزواج ولكنه لم ير الأخذ بهذه الأحكام على إطلاقها رعاية لمصلحة القصر فى سن قل أن تتوافر فيه الخبرة المطلوبة .

ويقصد بالمهر فى أحكام النص الصداق الذى يؤديه الزوج لزوجته دون الدوطة أو البائنة التى تقدمها للزوجة للزوج فى بعض الشرائع .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

وبقصد بالنفقة ما يؤدي من أحد الزوجين للأخر بالتراضى أو بحكم من القضاء كمقابل للإنفاق .

وللمحكمة عند الإذن بالزواج أو عند رفع الأمر إليها بعد ذلك أن تقرر إضافة المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها أو بعضها إلى الأموال المشمولة بالوصاية متى كانت مصلحة القاصر توجب ذلك كما لو كان المهر أو متجدد النفقة كبيرا وكان في نفقة القاصر التي قررتها المحكمة ما يكفيه أو كان في ظروف ما يخشى معه من الإسراف أو الإتلاف ^(١).

٢٢٢- ثانيا : صلاحيات القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة :

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، فإن هناك حالتين يأذن فيهما الولي أو المحكمة - حسب الأحوال - للقاصر بأهلية جزئية فيهما هما :

١- الإذن للقاصر بإدارة أمواله .

٢- الإذن للقاصر بالإتجار .

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى :

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(أ) الإذن للقاصر بإدارة أمواله :

٢٢٣- النصوص القانونية :

المادة ٥٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :
" للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات " .

المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :
" يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض " .

٢٢٤- ممن يصدر الإذن ؟

يصدر الإذن للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة بإدارة أمواله من الولى الشرعى إذا كان القاصر مضمولا بالولاية . ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق .

والولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر .

وقد أشارت المادة (٥٤) إلى وجوب مراعاة حكم المادة (١٠٢٧)

من قانون المرافعات.

وهذه المادة تقضى بأنه إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإنذن به على قلم الكتاب أن يسجل في الميعاد المذكور في المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يأتى : (١) (٢) سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها للخ^(١).

وهذه المادة قد ألغيت بإلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩

(١) ولا نرى محلاً لتطبيق ما يقضى به نص المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ من أنه: "تقيد النيابة العامة بطلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها وسلب الإنذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم ومساءة تقديم الطلب في سجل خاص.

ويقوم القيد في السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائياً برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات القيد والشطب" - وما يقضى به قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب في السجل الخاص بمواد الولاية على المال في (المادة الثانية - ثاني عشر) التي تنص على أن تثبت كافة القرارات الأخرى التي تصدرها المحكمة في خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية بالسجل المشار إليه.

بمقتضى المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

أما إذا كان القاصر مشمولاً بالوصاية فإن هذا الإنذن يصدر من المحكمة (محكمة الأسرة) .

بعد سماع أقوال الوصى. وإذا رفضت المحكمة الإنذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض . ورغم أن المادة (٥٥) سألغة الذكر نصت على المسألة الأخيرة ، فقد ورد النص عليها أيضا فى المادة ٤٨ من قانون إنشاء محاكم الأسرة .

ومناطق الإنذن فى هذه الحالة هو صلاحية القاصر لتولى الإدارة والاطمئنان إلى قدرته على إحسان القيام عليها فإذا لم تطمئن المحكمة إلى صلاحية القاصر رفضت الإنذن .

ورئى أن ينص على عدم جواز تجديد طلب الإنذن قبل مضى سنة حتى يتسع مجال الاختيار وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج والاستزادة من الخبرة .

٢٢٥- حدود الإنذن بالإدارة :

بينت الفقرة الأولى من المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩

لسنة ١٩٥٢ حدود الإنذن بالإدارة ، فنصت على أن : " للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لايجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولايجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا " .

فالقاصر المأذون بالإدارة يكون أهلا للقيام بأعمال الإدارة اللازمة بالنسبة لجميع أمواله إلا إذا اقتصر الإنذن على بعض أمواله دون البعض الآخر .

والمقصود بأعمال الإدارة - كما ذكرنا سلفا - الأعمال التى تنحصر فى استغلال الشيء واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات وتصرفات لتيسير هذا الاستغلال .

ويدخل فيها شراء السماد والبذور اللازمة وبيع المحصول وألبان المواشى^(١).

ولذلك نصت المادة ٥٦ على أن للقاصر " أن يفى ويستوفى

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٣.

الديون المترتبة على هذه الأعمال .

غير أن المادة أوردت بعض القيود على الإذن الصادر للقاصر بالإدارة ، سواء كان هذا الإذن صادرا من الولي أو من المحكمة . وتخلص هذه القيود فيما يلي :

١- لايجوز للقاصر أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة .

٢- لايجوز للقاصر الوفاء بالديون غير المترتبة على الإدارة ولو كانت ثابتة بمقتضى أحكام واجبة النفاذ أو سندات تنفيذية أخرى إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . أما إذا كان خاضعا للولاية فإن الإذن بهذه الأعمال لابد أن يصدر من الولي .

والمقصود بالإذن ، هو الترخيص فى كل عمل بخصوصه دون الترخيص له ترخيصا مطلقا بالقيام بهذه الأعمال ، وإلا انتفى معنى الإشراف الذى يقصد من الإذن^(١) .

٣- لايجوز للقاصر التصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

والمقصود بهذا الدخل ليس دخل العمل ، وإنما دخل ما يملك

(١) للمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

من مال ، لأن دخل العمل يجوز للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره التصرف فيه دون حاجة إلى إذن خاص من المحكمة أو الولى^(١).

٢٢٦- واجبات القاصر المأذون :

يتعين على القاصر المأذون أن يلتزم حدود الإذن ، فإذا كان الإذن بالإدارة خاصا ببعض أمواله فليس له مباشرة أعمال الإدارة بالنسبة لأمواله الأخرى ، كما أن عليه أن يحسن التصرف فى إدارته، وعلاوة على ذلك ألزمت المادة ٥٨ من المرسوم بقانون القاصر المأذون أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى - أما إذا كان القاصر مشمولا بالولاية فيؤخذ عند النظر فيه رأى الولى - وفى إلزام القاصر بتقديم كشف حساب سنوى يتيح للمحكمة مراقبة إدارة القاصر المأذون والإشراف عليها .

وقد أجازت المادة للمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخل القاصر المأذون خرائن للحكومة أو أحد المصارف وفى هذه الحالة لايجوز للقاصر المأذون سحب شيء منه بغير إذن المحكمة^(٢).

وقد تكفلت المادة ٥٩ من المرسوم بقانون ببيان الجزاءات التى تضمن أعمال الإشراف والرقابة على القاصر المأذون بالإدارة ،

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٥٦ .

(٢) محمد كمال حمدى ص ١٥٧ .

فنصت على أن :

" إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته بأن قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

(ب) الإذن للقاصر بالاتجار :

٢٢٧ - المقصود بالإذن بالاتجار :

تنص المادة ٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه : " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذننته المحكمة في ذلك إننا مطلقا أو مقيدا " .

فالإذن من الولى أو من المحكمة للقاصر بإدارة الأموال لا ينطوى على ترخيص بالاتجار ، لأن مزاولة التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة ، فضلا عن أنها تستتبع مسئوليات جسيمة قد تودى بالمال بأسره (١).

وقد قصد من الإذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من العمر

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

بالاتجار تدريب القاصر على الاتجار متى كان يعد نفسه للاستغال بالتجارة بعد البلوغ .

والإذن بالاتجار - على خلاف الإذن بالإدارة - لايجوز أن يصدر من الولي . بل يجب أن يصدر دائما من المحكمة ، سواء كان القاصر مشمولا بالوصاية أو الولاية ^(١).

وإن المحكمة بالاتجار قد يكون مطلقا أو مقيدا ، وفى الحالة الأولى يكون عاما وفى الثانية يكون معتدا بنوع معين من التجارة أو محل تجارى منفرد ^(٢).

٢٢٨ - أهلية القاصر المأذون بالاتجار :

بمقتضى الإذن بالتجارة يصبح القاصر أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التى أذن بمباشرتها وله القيام بالأعمال الأخرى اللازمة لمباشرة تجارته فله أن يبيع ويشترى ويقرض ويقترض ويقاضى ويقاضى . ويتصلح ويحتكم ويسرى التقادم فى مواجهته ويحرم من الإفادة من قواعد الغبن المقررة لمصلحة القاصر . كما أنه إذا احترف القيام بالأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر فيمكن شهر إفلاسه .

فالقاصر المأذون له بالتجارة يكون على هذا النحو كامل الأهلية

(٢) عبد المنعم البدرأوى ص ١٥٧ .

(٣) المستشار كمال حمدي ص ١٦٠ .

فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالتجارة التي أذن بمباشرتها إلا أنه يظل قاصرا بالنسبة لما عداها من أعمال مادام لم يبلغ الحادية والعشرين وتحكمه قواعد القانون المدني .

أما إذا باشر القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة التجارة بدون إذن المحكمة فتصرفاته القانونية تقع باطلة بطلانا نسبيا فيكون للقاصر وحده التمسك بالبطلان ولو لم يقع عليه غبن من العمل الذى أجراه .

والمحكمة المختصة بنظر طلب البطلان هي المحكمة المدنية وليست المحكمة التجارية إذ لا يكسب القاصر غير المأذون صفة التاجر ولا تعتبر الأعمال التي يقوم بها تجارية^(١).

٢٢٩ - سلب الإذن والحد منه :

يطبق في شأن القاصر للمأذون بالتجارة نص المادتين ٥٨ ، ٥٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاصين بالقاصر المأذون بالإدارة، فعلى القاصر المأذون بالتجارة تقديم حساب سنوى عن تجارته ، وإذا قصر في ذلك أو أساء التصرف أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال الضرر جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه . وإنه وإن كان نص المادتين ٥٨ ، ٥٩ من المرسوم

(١) المستشار كمال حمدى ص ١٦١ وهامش (٢) .

بقانون قد أشار إلى القاصر المأنون بالإدارة فقط دون القاصر المأنون بالتجارة إلا أن ما ورد من قيود أو ما فرضه القانون من التزامات على القاصر المأنون بالإدارة تسرى كلها على القاصر المأنون بالتجارة من باب أولى نظرا لخطورة الأعمال التجارية^(١).

٢٣٠ - حق القاصر في الوصية بإذن محكمة الأسرة :

تقضى المادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأن : " يشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأسرة الآن) " .

فالوصية وإن كانت من الأعمال الضارة بالموصى ضررا محضا . ومن مقتضى القاعدة التى تضمنتها المادة ١١١/٦ منقضى والذى تقضى ببطلان تصرفات الصبى المميز متى كانت ضارة به ضررا محضا ، أن تقع وصية للصبى المميز باطله . ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم قاضيا بصحتها بشرط إذن المحكمة^(٢) (محكمة الأسرة الآن) .

(١) المستشار كمال حمدي ص ١٦١ وما بعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فى نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٢٥٣

وهامش (٢) وما بعدها - للدكتور محمد عبد الوهاب خفاجى مبادئ

للقانون الطبعة الأولى ١٩٩٧/١٩٩٨ ص ٢٤٤ .

٢٣١ - قابلية التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة القاصر :

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١١) على أن : " أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ... إلخ " .

وعلى ذلك فالتصرف الذى يأتيه القاصر لا يكون باطلا وإنما قابلا للإبطال . والفارق كبير بين التصرف الباطل والقابل للإبطال . وتمشيا مع الفارق الكبير هذا جرى لسان المشرع فى القانون المدنى على القول بأن التصرف باطل إذا أراد أن يكون بطلانه مطلقا وعلى القول بأنه قابل للإبطال إذا شاء أن يكون بطلانه بطلانا نسبيا .

فالتصرف الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوما لا وجود له . ومثله التصرف الذى يجريه للصبي غير المميز - كما ذكرنا سلفا - أما التصرف الباطل بطلانا نسبيا ، فلا يعتبر معدوما بل صحيحا ، كل ما فى الأمر أنه قابل للإبطال ، ويظل هكذا إلى أن يصحح نهائيا بزوال سبب الإبطال ، أو يحكم ببطلانه ، فإذا حكم ببطلانه استحال عدما من وقت إبرامه واعتبر أنه لم يقم أصلا ، أى أنه يأخذ هنا حكم التصرف الباطل بطلانا مطلقا .

وقابلية العقد للإبطال هنا يكون لمصلحة القاصر ، لأن البطلان

تقرر لحمايته . أما المتعاقد الآخر كالمشتري في عقد البيع فلا يحق له أن يتمسك بالبطلان ، وكذلك لا يصح للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ^(١).

والذى يطلب البطلان هنا هو الولي أو الوصى على القاصر . أما قبل الحكم بالبطلان ، فإن التصرف يظل صحيحا منتجا لكل آثاره . ولا يبطل التصرف إلا بحكم من القاضي أو بالتراضي عليه . وعلى ذلك فلا يكفي لإبطال العقد الذى عقده ناقص الأهلية أن يعلن القاصر من جانبه أو أن يعلن وليه ، البطلان أو رفض الإجازة ، كما لا يبطل العقد لرفض المحكمة إجازته . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من مشروع القانون المدنى تنص على أنه : " يكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلانا رسميا يبين فيه سبب البطلان وأصلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره " .

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص ، توخيا لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنبنا لما يحتمل أن ينشأ عن النص المقترح من صعوبات عملية ^(٢).

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق ١٩٥٧ ص ١١٧ ومابعدهما .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٣٥ ومابعدهما .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، وإن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعمة الأثر قانونا قد أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبي باستمرار الوصاية عليه ، فإن النعى على الحكم الخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح . ولا محل للتحدى بعدم نشر قرار استمرار الوصاية في الجريدة الرسمية وفقا لما كانت تقضى به المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المجالس الحسبية ، إذ ليس من شأن إغفال النشر أن يكون لمن صدرت لمصلحته الإجازة أن يدعى صحتها : أولاً : لأن الإجازة، وهي إسقاط لحق تصرف من جانب واحد لا يشارك فيه الغير فليس له التحدى بنصوص يدعى أنها وضعت لحماية الغير في التعامل . ثانياً : لأن قرارات المجالس الحسبية الصادرة في ظل المرسوم بقانون الصادر في ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٢٥ بالحجر أو باستمرار الوصاية تحد من أهلية المحجور بمجرد صدورها ولا يترأخى هذا الأثر قبل الغير حتى يقوم الوصى أو القيم بنشر القرار في الجريدة الرسمية وفقا لما يفرضه نص المادة ٣٠ من القرار الوزاري الصادر في ٢٤ من

نوفمبر سنة ١٩٢٥ .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١)

٢- " متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يتمتع على الخلف العام مباشرته .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

٣- " عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية للدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

٤- " النص في المادتين ٦٢ ، ٦٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ وفي الفقرة الثانية من المادة ١١١ من القانون المدني يدل على أن القاصر المأنون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن فيه . أما التصرفات التي لم يؤذن فيها فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته متى كانت دائرة بين النفع والضرر " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

٥- (أ)- " ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها " .

(ب)- إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاطا للحق لا يملكها ناقص الأهلية " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

٢٣٢- إجازة التصرف القابل للإبطال :

يزول حق القاصر فى طلب إبطال العقد ، إذا أجاز وليه هذا التصرف إذا كان يملك إجراء هذا التصرف قانونا ، أو إذا أجازته المحكمة إذا كان مما يلزم موافقتها عليه ، أو القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد . على أن طلب القاصر البطلان يسقط إذا لم يرفع الدعوى بطلبه خلال الثلاث السنوات التالية لبلوغه سن الرشد

(م ١٤٠ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إجازة القاصر بعد بلوغه تصرفاً أجراه الوصى . النعتى بأن الوصى بأمره ولا يملكه نص غير منتج " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

٢- " إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ضرورة حصول الوصى أو القيم على إذن بذلك من الجهة القضائية المختصة وتصديقها على عقد القسمة بعد تمامه حتى ينفذ فى حق ناقص الأهلية . إغفال ذلك يستتبع البطلان بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية . له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

٣- " إيراد الوصية لعقد مقايضة دون إذن المحكمة الحسبية اعتباره باطلاً بطلاناً نسبياً يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد ورد الإجازة إلى التاريخ الذى تم قيد العقد صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

مادة (١١٣)

المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة فى القانون.

الشرح

٢٣٢ - المقصود بالحجر :

الحجر بمعناه القانونى هو منع الشخص من التصرف فى ماله وإدارته لآفة فى عقله أو لضعف فى ملكاته النفسية .
وقد أوجبت المادة توقيع الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة .

والحجر على هؤلاء يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلا حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله ، وذلك بتعيين قيم يدير ماله تحت إشراف محكمة الأسرة .

وقد عرفت محكمة النقض طلب الحجر بأنه :

"طلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله فهو بهذه المثابة طلب شخصي لصيق بإنسان على قيد الحياة وهو المطلوب الحجر عليه أو تستدعى حالته اتخاذ

تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بفرض للقوامة عليه وإخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال بإجراءات توجه إلى شخص المطلوب الحجر عليه وذلك ناطت المادة ٩٦٩ من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله والإشراف على إدارتها ... لما كان ذلك فإن الحكم الذى يصدر فى دعوى الحجر من محكمة الولاية على المال تكون له حجة مطلقة قبل الكافة " .

(طعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥١ فى جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠)

٢٣٤ - ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه :

الهدف من توقيع الحجر هو المحافظة على مال عديم الأهلية "المجنون والمعتوه" أو ناقص الأهلية " للسفيه وذى الغفلة " فحيث لا يوجد مال للشخص المطلوب الحجر عليه فلا محل لتوقيع الحجر عليه لانتفاء العلة الداعية إليه .

وكانت المادة ٩٨٧ مرافعات (الملغاة) تقضى بعدم تعيين قيم على المحجور عليه إذا لم يتجاوز مال الشخص المطلوب حمايته خمسين جنيتها أو مائة جنيه فى حالة التعدد إلا إذا دعت الضرورة لذلك . ويكتفى بتسليم المال لمن يقوم على شئونه . فإذا جاوزت قيمة المال هذا القدر فيما بعد اتخذت الإجراءات المذكورة.

أما المادة ٣٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فتنص على أنه:
' لايلزم اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادتين السابقتين
إذا لم يتجاوز مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيه ، تتعدد
بتعدد هم ، وفي هذه الحالة تسلم النيابة العامة المال إلى من يقوم
على شئونه ما لم تر النيابة العامة اتباع الإجراءات المشار إليها
بالضوابط والأوضاع المقررة بهاتين المادتين " .

وليس ضمن الإجراءات الواردة بالمادتين ٣٣ ، ٣٤ المشار
إليهما تعيين قيم على المحجور عليه . ومن ثم فإنه يجب الآن تعيين
قيم على المحجور عليه أيا كان مقدار ماله .

٢٢٥- توقيع الحجر ورفعہ يكون بحكم :

تنص المادة على أن للمجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه حجر
عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم .

وتنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢
على أن يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة.
ولايرفع الحجر إلا بحكم .

والمستفاد من هذين النصين أن الحجر وكذلك رفع الحجر
لايكون إلا بحكم من المحكمة المختصة^(١) باعتباره حالة قانونية

(١) وقد جاء بملحق تقرير تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه :

" اقترح في المادة ١١٣ إضافة عبارة " وترفع الحجر عنهم " بعد -

حادثة تنشأ على خلاف الأصل^(١).

وهذا على خلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن الحجر يكون بقيام موجبه ، ورفعته يكون بزوال هذا الموجب دون صدور حكم بذلك .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم ... " يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعته لا يكون إلا بمقتضى حكم ، خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامي من أن الحجر يكون بقيام بموجبه ، ورفعته يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به ، مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما .

- عبارة " تحجر المحكمة عليهم " لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وقد نص قانون المحاكم الحسبية صراحة على ذلك - وقد وافقت اللجنة على الأخذ بهذا الاقتراح حتى تكون القواعد الموضوعية الخاصة بالحجر كاملة في التبتين المنى " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ١٢١)

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس قياً عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية في الدعاوى الثلاثة الملتمس إعادة النظر فيها وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم الصادر في الدعوى ٢١٩/ب لسنة ١٩٧٩ على أحوال شخصية القاهرة واعتباراً من تاريخ صدوره في ١٥/١٢/١٩٧٩ طالما لم يحدد الحكم تاريخاً معيناً لفقدانه أهليته ". ولما كان الثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٥/١٢/١٩٧٩ - المودعة صورته الرسمية - أنه قضى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعتة أخذاً بتقرير الطبيب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد في منطوقه أو بأسبابه التي أقام عليها قضاءه موقفاً معيناً أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالمحجور عليه ولم يرد حالة للعتة التي اعترته إلى تاريخ بعينه من التواريخ العديدة التي ردها الطبيب وأوردها في تقريره بشأن مرضه ، فإن هذا الحكم لا يكون قد قطع بقيام حالة العتة لدى هذا الشخص في تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقداً لأهليته إلا من وقت صدوره ، هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التي لا تنسحب آثارها على

الوقائع السابقة عليه " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٣٦- تقديم طلب الحجر :

يقدم طلب الحجر إلى النيابة العامة (نيابة شئون الأسرة) أو إلى المحكمة المختصة .

وتنص المادة الرابعة من قرار النائب العام رقم ١٥٦٩ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تحديد اختصاصات نيابة شئون الأسرة على اختصاص النيابة الجزئية لشئون الأسرة - كل في دائرة اختصاص محكمة الأسرة بمباشرة التحقيق في مواد الحجر عدا ما ترى النيابة الكلية لشئون الأسرة الاختصاص به ^(١) .

وفي حالة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة المختصة يجب أن يشتمل الطلب المرفوع على البيانات التي يتطلبها قانون المرافعات في صحيفة الدعوى وأن يرفق به المستندات المؤيدة له ، وعلى المحكمة أن تحيله إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة خلال ميعاد تحدده لذلك ... الخ ^(٢) .

(م) ٣٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

والغالب الأعم في التطبيق العملي أن يقدم طلب الحجر إلى

(١) راجع تعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم

الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص ٢١ .

(٢) المستشار محمد كمال حمدي ص ٢٠٣ .

النيابة العامة ، وتعزز للمادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ هذا الاتجاه بنصها على أن : " تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية " .

وحتى يتيسر للنيابة العامة اتخاذ إجراءات توقيع الحجر ، نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أنه : " على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفى في معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن ، أو وفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة ... الخ " .

كما نصت المادة ٢٨ على أنه : " على الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم .

وعلى المختصين بالسلطات الإدارية إبلاغ النيابة العامة متى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحو المشار إليه بالفقرة السابقة " .

وقد رصدت المادة (٣٠) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين سالفتي الذكر هي الغرامة التى لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه ، فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديم

الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

وقد نصت المادة (٣٦) على أن : " يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو ذوى الشأن " .

وعبارة " ذوى الشأن " تشمل كل من يهمه أمر المطلوب الحجر عليه أو يعود عليه الضرر ببقائه غير محجور عليه ، ومثل ذلك الأقارب مهما كانت درجات الإرث والأصهار والدائنين .

ويلاحظ أن تنازل طالب الحجر عن طلبه لا يمنع المحكمة من مواصلة نظر الطلب فهي غير مقيدة بهذا للتنازل ، كما أنه من ناحية أخرى يتعلق للنيابة حق بهذا الطلب وتبأشره طبقاً لوظيفتها طبقاً للمادة ٢٦ من القانون سالف الذكر التى تجرى على أن : "تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها وفقاً لأحكام هذا القانون للخ " .

٢٣٧ - المحكمة المختصة بتوقيع الحجر :

تختص نوعياً بتوقيع الحجر محكمة الأسرة دون غيرها (م) ٣ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة) .

وتختص محليا للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المطلوب الحجر عليه فإذا لم يكن له موطن في مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الطالب أو التي يوجد في دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته (م ١٥ من القانون المذكور) .

وإذا توفى المطلوب الحجر عليه أثناء نظر طلب الحجر ، أدى ذلك إلى زوال ولاية المحكمة وتعين عليها أن تحكم بانتهاء الطلب .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نصوص المواد ٤٧ من القانون المدنى و ٤٧ ، ٤٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال و ٩٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المضاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥٦ والواردة فى باب الإجراءات الخاصة بالولاية على المال مجتمعة أنه إذا مات المطلوب الحجر عليه قبل صدور حكم فى الطلب المقدم فإنه ينتهى الحق فيه وتزول ولاية محكمة الحجر بنظره لهلاك الشخص المراد إخضاعه للحجر والقوامه تبعا لاستحالة أن يقضى بعد الموت بقيد ينصب على شخص المطلوب الحجر عليه وبالتحفظ على ماله .

يؤيد هذا النظر أن المشرع بموجب المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ السالفة الإشارة أجرى الأحكام

المقررة فى شأن الوصاية على القصر على القوامة ، وقصد بذلك - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية - أن للقواعد الخاصة بالوصاية تسرى على القوامة بالقدر الذى تتلائم فى حدود أحكامها مع طبيعتها ، مما مفاده أنه إذا توفى المطلوب الحجر عليه فقد طلب الحجر محله وموضوعه واستحال قانونا أن تمضى المحكمة فى نظره ، وأكد المشرع هذا المعنى فى المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات الآتفة الذكر باستبعاده اتباع الإجراءات والأحكام الخاصة بالولاية على المال ومنها توقيع الحجر ورفعته وتعيين القائمة ومراجعة أعمالهم وحساباتهم إذا انتهت الولاية على المال فيما عدا حالتى الفصل فى الحساب السابق تقديمه للمحكمة وتسليم الأموال لورثة ناقصى الأهلية أو عديميها اعتبارا بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعدم المؤجب زالت الولاية وأوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على تلك المادة " وأوردت المادة ٩٧٠ قاعدة عامة فى مدى تطبيق أحكام هذا الباب من حيث الزمن على أنه إذا انتهت الولاية للقضائية على المال لأى سبب من أسباب انتهائها كعودة الأب إلى ولايته أو زوال سبب عدم الأهلية أو وفاة عديم الأهلية أو عودة الغائب أو ثبوت موته ، لا تتبع الإجراءات المذكورة إلا فى تسليم الأموال من النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب وفى الفصل فى الحساب المقدم للمحكمة فعلا أما ما عدا ذلك

من المسائل ولو اتصل بإدارة الأموال فتتبع فى الدعوى به الإجراءات العادية ويخضع لقواعد الاختصاص العامة " مما مؤداه أنه يستحيل على المحكمة أن تأمر بتعيين قيم على شخص ليس على قيد الحياة لتتافر ذلك مع طبيعة الحجر ذاته ، أو أن تعهد إليه بتسليم أمواله أو تولى إدارتها وحفظها لأن الموت لا يبقى له على مال بعد أن انتقل بمجرد الوفاة وبقوة القانون للوارث أو للموصى له فينقضى بالتالى الطلب المقدم بالحجر ويصبح بسبب الموت غير ذى موضوع . ولا حول دون الحكم بانتهاء طلب الحجر سبق تسجيله لأن الحكمة من تسجيل هذا الطلب وفق المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هى حماية الغير ممن يتعاقد مع المطلوب الحجر عليه، ولم يجعل التسجيل وجوبيا بل ترك التقدير لقاضى الأمور الوقتية متى تحقق من جدية الطلب خشية إساءة استعماله مع ما يترتب عليه من آثار خطيرة فى سير أعمال من قدم ضده طلب الحجر ، الأمر الذى لا تستلزم استمرار محكمة الولاية على المال فى نظر طلب الحجر بعد وفاة المطلوب الحجر عليه " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٦/١٦)

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن وفاة المطلوب الحجر عليه بعد أن تهيأت الدعوى للحكم أمام محكمة النقض لاتأثير لها ويجب

الحكم فى الدعوى .

إذ قضت بأن :

" إن وفاة أحد طرفى الخصومة بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها لا يمنع على ما تقضى به المادة ٣٩٥ مرافعات من الحكم فى موضوعها على موجب الأقوال والطلبات الختامية . وتعتبر الدعوى مهياة للحكم أمام محكمة النقض على مقتضى المادتين ٢٩٦ ، ٤٤١ مرافعات بعد استيفاء جميع إجراءات الدعوى من إيداع المذكرات وتبادلها بين الطرفين . فإذا كان المطلوب الحجر عليه قد توفى بعد تمام ذلك أمام محكمة النقض فلا تسأثر لوفاته فى نظر الطعن فى الحكم الصادر برفض طلب الحجر " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢٣٨ - إثبات الجنون والعتة :

الغالب فى إثبات الجنون أو العتة ، هو الاستعانة بالطبيب الشرعى لفحص حالة المطلوب الحجر عليه .

غير أن هذه المأمورية يتعين أن تكون بقرار من المحكمة ، فلا تملك النيابة إذا رأت بعد ما تجريه من تحقيقات ضرورة إيداع خبير فنى لرأيه انتداب الطبيب الشرعى لبيان حالة المطلوب الحجر عليه العقلية ، وإنما ترفع الأمر إلى المحكمة مشفوعا برأيها هذا . على

أن رأى الطبيب الشرعى غير ملزم للمحكمة ، إذ هو مجرد خبير
فى الدعوى (١).

ويلاحظ فى هذا الشأن ما تقضى به المادة ٢٠ من القانون رقم
١٤١ لسنة ١٩٤٤ بشأن حجز المصابين بأمراض عقلية من إلزام
مدير المستشفى أن يبلغ النيابة عن حجز كل مريض فى مدى
يومين من تاريخ دخوله للمستشفى لتتخذ الوسائل اللازمة لحفظ
أمواله . وعلى النيابة تتبع قرار مجلس المراقبة بشأن حالة
المريض.

وللنيابة أو المحكمة مناقشة المطلوب الحجر عليه لاستبانة حالته
العقلية بمدى إلمامه بالمعلومات العامة البسيطة التى يعرفها كل
شخص وكذلك العمليات الحسابية البسيطة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب طالب الحجر ندب
طبيب آخر لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه
والاطلاع على التقارير الطبية السابقة وإيداء رأيه فيها متى كونت
اقتناعها فى الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها وبذا لا يكون فى

(١) المستشار أحمد كمال حمدي الولاية على المال الجزء الثانى الاختصاص
والإجراءات ١٩٦٧ ص ١٢٥ ومابعدا .

رفض الحكم لهذا الطلب إخلالاً بحق له فى الدفاع .
(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)
٢- " إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة
بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى. والتي
حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع على
عائق مديرى المستشفيات والمصحات والأطباء المعالجين إبلاغ
النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، إلا
أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يقصد
بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالة العته ، وإنما
استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتباع قبل توقيع
الحجر، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه فى المادة ٩٨٢
من ذات القانون . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة
الطبية باعتبارها ورقة صادرة أحد الفنيين ، ومؤيدة بما جرى على
لسان الشهود من أن المورثة قد امتكت بها الحياة حتى تجاوزت
التسعين من عمرها ، وأنها كانت مصابة بعته شيخوخى . وكان من
حق المحكمة أن تعتمد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامت قد
اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة فى تقدير الدليل ، فإن ما يثيره
الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ

الإجراءات المشار إليها لا ينطوى على فساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ قى جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٣- " الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضاءه ببطالان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء ."

(طعن رقم ٥٣ ، ٥٧ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٤/١/١)

٤- " المحكمة ليست ملزمة بإجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليها متى رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون أن يعد ذلك إخلالا بحق الدفاع ، ذلك لأن تقدير قيام حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع ، وإذا استخلصت المحكمة من أقوال الطاعنة - طالبة الحجر - ومن مناقشة المطعون عليها - المطلوب الحجر عليها - فى محضر تحقيق النيابة سلامة عقل المطعون عليها فإنها تكون قد أعملت سلطتها فى فهم هذا الواقع ."

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ قى " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

وتقدير حالة الجنون أو العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى

كان استخلاصه فى ذلك سائفا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائفا " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ فى جلسة ١٩/١/١٩٧١)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائفا " .

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ فى جلسة ١/١/١٩٧٤) .

٢٢٩ - إثبات السفه والغفلة :

يثبت السفه والغفلة من التحقيقات التى تجريها النيابة أو المحكمة،
والتي تهدف إلى الوقوف على حالة المطلوب الحجر عليه.
ولا يستدعى الأمر هنا توقيع الكشف الطبى على المطلوب
الحجر عليه .

ويتعين القول بقيام السفه إذا ثبت تبذير المطلوب الحجر عليه
المال على خلاف مقتضى العقل والشرع .

ومثال ذلك أن ينفق الشخص أمواله ويفنيها في أمر تافهة غير منتج بسبب شنود في طباعه أو أن يبذل الشخص في فترة وجيزة ميراث والده بحيث لا يظهر له أثر حتى لو ادعى أنه إنما باع هذا الميراث لينفع عن نفسه ديونا اقترضها في حياة والده لأن الاستدانة الهائلة التي تستغرق قيمة تركة كبيرة قبل أن تكون له أية ثروة هي عين السبب الذي يقتضى الحجر على صاحبه .

وكذلك استدانة الشخص مالا طائلا لا يتناسب مع إيراده يعد دليلاً على التبذير المحقق لمعنى السفه (١).

كما يجب القول بقيام الغفلة من ضعف بعض الملكات النفسية بالمطلوب الحجر عليه . ويستدل عليها بأقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابع منها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر الاتخاذ على نحو يهدد بخطر الضياع. فضابط الغفلة هو الغبن الذي يلحق بالشخص من جراء تصرفاته المالية التي يجريها إذا كان ذلك الغبن راجعاً إلى ضعف في ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير (٢).

(١) المستشار محمد كمال حمدي ص ١٢٧ هامش (١) .

(٢) المستشار محمد كمال حمدي ص ١٢٧ وما بعدها .

٢٤٠ - تعيين قيم على المحجور عليه :

تنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى القانون ومن ثم فإنه يجب تعيين قيم لإدارة أموال المحجور عليه .

وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨ من المرسوم بقانون) .

وقد راعى الشارع صلة هؤلاء بالمحجور عليه وما يغلب فيهم من العناية بمصالحه . وقد قيد النص على هذا النحو سلطة المحكمة فى اختيار القيم إذ عليها أن تبدأ بالابن .

ولفظ الابن يشمل الإبنة أيضا ، وإذا تعدد الأبناء يفضل أصلهم فإن تساوت صلاحيتهم يختار الأكفأ من بينهم فى مباشرة شئون القوامة أو من يرشحه أغليبتهم .

فإذا لم يوجد ابن أو وجد ولم تتوافر فيه شروط للصلاحيية عهدت المحكمة بالقوامة إلى الأب ، فإن لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة عهدت بها إلى الجد ، والمقصود هو الجد الصحيح . وفى حالة عدم وجود الجد أو عدم صلاحيتة تعهد بالقوامة إلى من تختاره . ويرى البعض أنه يحسن فى هذا المجال الاعتداد باختيار المحجور عليه

لشخص القيم إذا ما توافرت فيمن يختاره شروط الصلاحية للقائمة^(١).

٢٤١ - الشروط الواجب توافرها في القيم :

تنص المادة ٦٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يشترط في القيم ما يشترط في الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليها في البند ١ ، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك " والمادة (٢٧) التى أحالت عليها المادة (٦٩) تشترط في الوصى توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون عدلا .

الشرط الثانى :

أن يكون كفؤا . والمقصود بالكفاية أن يكون أهلا للقيام بشئون القاصر (أو المحجور عليه) ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر

(١) المستشار محمد كمال حمدي الجزء الأول ص ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) المنكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن تكون القوامة
للأبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، وتقضى المادة
٦٩ من هذا القانون بأنه يشترط في القيم ما يشترط في الوصى وفقا
لما نصت عليه المادة ٢٧ ، ويتعين تطبيقا للفقرة الأولى من هذه
المادة الأخيرة أن يكون القيم عدلا كفوا إذا أهلية كاملة، والمفهوم
من اصطلاح الكفاية بشأن القيم - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة
الإيضاحية للقانون بالنسبة للوصى - هو أن يكون أهلا للقيام على
شئون المحجور عليه ، وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفه
الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع
قضائي، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه
للخطر ، وتوافرت في هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)
(ب) - " اختيار من يصلح للقوامة في حالة عدم وجود الإبن أو
الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها ، أو عدم صلاحية أحد من
هؤلاء ، مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، بلا رقابة
عليه من محكمة النقض ؛ متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . لما
كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد اشترطت فيمن تختاره قيما
على المحجور عليه ، الخبرة والتمرس بأعمال التجارة ، لأنه من
المستغلين بتجارة الأجهزة والأدوات الكهربائية ، ويمتلك عقارات ،

وهو شرط لا مخالفة فيه للقانون ، بل تطبيق لما تقضى به المادة ٢٧ التى أحالت إليها المادة ٦٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر من أن يكون القيم كفؤا ذا قدرة على إدارة شئون المحجور عليه ، ثم رأت المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية تنحية الطاعة وهى زوجة المحجور عليه من القوامة ، لأنه لا تتوفر فيها الخبرة لإدارة محلاته واستغلال عقاراته وأن أسباب الصلاحية إنما تتوفر فى خاله ، وكانت الاعتبارات التى استندت إليها المحكمة سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، فإن ما تنعاه الطاعة على الحكم ، لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز قبوله أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

الشرط الثالث :

أن يكون ذا أهلية كاملة .

وشرط كمال الأهلية يمنع من أن يعين قيما من لم يبلغ الحادية والعشرين أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية عليه قبل بلوغه هذا السن أو المحجور عليه وذلك لنقص أهليتهم .

وتلك هى القاعدة العامة فى صلاحية الوصى (أو القيم) للوصاية (أو القوامة) إلا أن المادة أوردت بعد ذلك تطبيقات لهذه القاعدة كلها على سبيل المثال ، وهى فى مجموعها قرائن قاطعة تحول دون

تولي الشخص الوصاية (أو القوامة) ^(١) فنصت على أنه :
ولايجوز بوجه خاص أن يعين وصيا :

١- من حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلّة بالأداب أو
الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة
مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا
الشرط .

إلا أن المادة (٦٩) نصت على أن ذلك لا يحول دون تعيين الإبن
أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك . فقد روى
تحويل المحكمة هذه الرخصة لتباشرها في ضوء ما يتبين من
ظروف القيم فقد ترى أن الإبن أو الأب أو الجد أولى من غيره
بالقوامة رغم سبق صدور حكم من الأحكام المشار إليها ، وقد ترى
غير ذلك ، ومرجع الفصل هو ظروف كل حالة بخصوصها ^(٢).

٢- من حكم عليه لجريمة كان تقتضى قانونا سلبا ولايته على
نفس القاصر لو أنه كان في ولايته .

وهذه الجرائم نص عليها في المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة
١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس وهي :

(أ) - جريمة الاغتصاب أو هناك العرض أو جريمة مما نص

(١) المستشار محمد كمال حمدي ص ١١٠ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

عليه القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية.

(ب) الحكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من هؤلاء .

(ج) الحكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة.
(م ٢ من القانون).

وهناك بعض الجرائم التى يكون سلب الولاية على القاصر فيها جوازا وهى :

(أ) إذا حكم على الولى بالسجن المؤبد أو السجن المشدد .
(ب) إذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة .

(ج) إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله للولاية .

(د) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح (إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية) طبقا للقانون

رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل (١).

(هـ) إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإلتمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال .

٣- من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

وعدم اتخاذ وسيلة مشروعة للتعيش يجعل الشخص متشردا ويخضع للعقوبة المنصوص عليها بالمواد ١، ٢، ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم (٢).

(١) وكانت الفقرة الرابعة من المادة (٣) كما وردت بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أن : " إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية من دور الاستصلاح وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو لنصوص قانون الأحداث المتشردين " .

(٢) تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون المشار إليه على أن :
" يعاقب على التشرّد بالوضع تحت مراقبة البوليس (الشرطة) مدة ١
عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات .
وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس والوضع تحت مراقبة البوليس

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

وقد نصت المادة (٦٩) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن هذا السبب لا يحول دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك . على نحو ما نصت بالنسبة للسبب الثاني .

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

ذلك أن الشخص إما أن يكون صالحا للوصاية أو غير صالح، فإذا كان القضاء قد حكم بسلب ولاية المرشح للوصاية أو عزله من الوصاية على قاصر آخر فلا يقبل بعد ذلك إقامته وصيا فممن لا يصلح للوصاية على قاصر لا يصلح على الوصاية على قاصر

- (الشرطة) مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات .

وتنص المادة الثالثة على أن :

"يجوز للقاضي بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإندثار المتشرد بأن يغير أحوال معيشته التي تجعله في حالة تشرد .

فإذا عاد المحكوم عليه إلى حالة التشرد في خلال الثلاث سنوات التالية وجب توقيع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة".

(راجع في التفصيل مؤلفنا جرائم التشرد والاستيلاء فقها وقضاء الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص ١٠ وما بعدها) .

آخر .

على أن الحكم بالحد من الولاية أو وقف الوصى أو قبول تتحى
ولى عن الولاية أو قبول استقالة وصى كل ذلك لا يمنع من إقامته
وصيا بعد ذلك على قاصر (١).

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا
الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك
ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرقية مصدق على إمضاء الأب
فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه .

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين
القاصر نزاع قضائى أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا
كان يخشى من ذلك كله على مصلحته .

فإن كان لا يخشى من وجود النزاع القضائى أو العداوة على
مصلحة القاصر (أو القيم) فإن ذلك لا يمنع من الوصاية (أو القوامة).

وعلة الحرمان فى هذه الحالة هى الإشفاق من تعرض مصلحة
القاصر (أو القيم) للخطر بسبب تعارضها مع مصالح من يرشح
للوصاية (أو القوامة) أو بسبب التثبت من أن قيام العداوة لا يؤمن
معه رعاية هذه المصلحة . فإن اتضح مثلاً أن النزاع القضائى ليس
من شأنه أن يعرض مصالح القاصر (أو القيم) للخطر وتوافرت
فيمن يرشح للوصاية (أو القوامة) سائر أسباب الصلاحية جاز

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١١١ .

تعيينه وصيا مع تنصيب وصى آخر للخصومة^(١).
وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "... وتجزئ الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سائلة الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائي ، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر ، وتوافرت في هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)
(ب) - " مؤدى نص المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أنه لايجوز إسناد القوامة إلى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائي من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٢/٤/١٣)
(ج) - " الفقرة السابعة من المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال تجزئ إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع إذا اتضح أن هذا النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر وتوافرت في هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية ، وكان اختيار من يصلح للقوامة في حالة عدم وجود الإبن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فيها أو عدم صلاحية أى منهم ، مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٦٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥)
الشرط الرابع :

أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

واشترط أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه . إنما يجد تطبيقه بالنسبة إلى الطائفة والمذهب بالنسبة لغير المسلمين ، وبالنسبة للدين إلى كافة الأديان . فإذا كان القاصر قبطيا كاثوليكيا فيتعين أن يكون الوصى (أو القيم) من طائفة القاصر "الأقباط الكاثوليك" فإن لم يوجد فمن أهل مذهبه (الكاثوليكية) فإن لم يوجد فمن أهل دينه وهو المسيحية .

وإذا كان الوصى (أو المحجور عليه) مسيحيا فلا يجوز أن يكون الوصى (أو القيم) من ديانة أخرى . وكذلك بالنسبة لسائر الأديان السماوية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط طبقا لنص المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن يكون القيم والمحجور عليه من

أهل دين واحد " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٤ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩)
وهذه الشروط يجب أن تتوافر في الوصى (أو القيم) وقت تعيينه
وأثناء وصايته (أو قوامته) بمعنى أنه إذا قام به سبب من أسباب
عدم الصلاحية يحكم بعزله حتى لو كان هذا السبب قائما وقت
تعيينه (١).

٢٤٢ - واجبات القيم :

يختص القيم بإدارة أموال المحجور عليه وفقا للأحكام المقررة
في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . إذ نصت المادة ٦٥
من المرسوم بقانون على أن : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو
للعتة أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتعين المحكمة
على من يحجر عليه فيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في
هذا القانون " .

والقيم نائب عن المحجور عليه ، وهو نائب قضائي باعتبار أن
المحكمة هي التي اختارته وأقامته فيما ، ونيايته عن المحجور عليه
نيابة قانونية إذ رسم القانون حدودها .

وتنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون على أن : " يسرى على
القائمة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - المستشار

القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء " وقد قصد بهذا النص أن تطبق على القامة والوكلاء عن الغائبين القواعد المقررة فى شأن صلاحية الوصى للتعيين وجواز تعيين قيم أو وكيل خاص أو مؤقت والقواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم والقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم والقواعد الخاصة بمحاسبتهم وتقدم الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية ويدهى أن القواعد المتقدم ذكرها تسرى على القامة والوكالة عن الغائبين بالقدر الذى تتلاءم فى حدود أحكامها مع طبيعة القواعد والوكالة عن الغائبين (١).

وعلى ذلك فإن واجبات القيم هى ذات واجبات الوصى، مع مراعاة طبيعة القامة .

ونورد فيما يلى نصوص المواد التى تتناول واجبات الوصى فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهى :

ثانيا : فى واجبات الأوصياء

مادة ٣٦- يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى .

مادة ٣٧- للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

تراها وتكون مصروفات تقديم هذه للتأمينات على حساب القاصر .
مادة ٣٨ - لايجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى ويأذن من المحكمة .

مادة ٣٩ - لايجوز للوصى مباشرة للتصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

(أولاً) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله .
وكذلك جميع التصرفات لحق من الحقوق المذكورة.

(ثانياً) التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

(ثالثاً) الصلح والتحكيم إلا فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

(رابعاً) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة :

(خامساً) استثمار الأموال وتصفياتها .

(سادساً) اقتراض المال وإقراضه .

(سابعاً) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني .

(ثامناً) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

- (تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .
- (عاشر) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .
- (حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر .
- (ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .
- (ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .
- (رابع عشر) التنازل عن التأمينات وإضعافها .
- (خامسا عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه .
- (سادس عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر .
- (سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق السلزم لمباشرة القاصر مهنة معينة .
- مادة ٤٠- على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع.

وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .
ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١ - إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً .

مادة ٤٢ - يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣ - على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن

المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجمالاً لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.

مادة ٤٤ - على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة مائتى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها .

وليس له أن يسحب شيئاً منها بغير إذن للمحكمة .

مادة ٤٥ - على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته .

مادة ٤٦ - تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل

معين .

ونحيل في شرح هذه الاختصاصات إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال .

ونكتفي هنا بإيراد قضاء محكمة النقض الصادر في بعض المسائل السابقة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... على أن القيم ليس من حقه أن يقر صراحة أو ضمنا تصرفا ضارا صادرا من المحجور عليه ولو قبل الحجر مادام هذا التصرف غير صحيح إذ هو تنازل عن حق لم يكن حتى من التصرفات التي له أن يباشرها بإذن المجلس الحسبي (المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ في جلسة ١٨/٥/١٩٣٣)

٢- " المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التي أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون في شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ في "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٢٤٢- رفع الحجر :

الحكم بتوقيع الحجر ليست له حجية فيجوز للمحكمة أن تقضى برفعه إذا زال مقتضى توقيعته كما إذا ثبت لديها أن المحجوز عليه قد زال عنه العارض الذي أوجب توقيع الحجر مثال ذلك أن يشفى من حالة الجنون التي كانت عنده ، كذلك فإن رفض طلب توقيع الحجر لا يمنع من إعادة طرحه على المحكمة إذا تغيرت الظروف^(١).

وكما أن توقيع الحجر لا يكون إلا بحكم فكذلك رفعه لا يكون إلا بحكم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للشذوذ النفسية ولا يرفع الحجر إلا بحكم يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامي من أن الحجر يكون بقيام موجب ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به مما مؤاده

(١) المستشار عز الدين الناصوري والأستاذ جامد عكاز التعليق على القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٠٦ .

أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس قيما عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية في الدعوى الملتمس إعادة النظر فيه وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم رقم ... واعتبارا من تاريخ صدوره في ١٩٧٩/١٢/١٥ طالما لم يحدد الحكم تاريخا معينا لفقدانه الأهلية وكان للثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ - المودعة صورته الرسمية- أنه قضى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعتة أخذا بتقرير الطبيب للمنتكب لفحص جالته وأنه لم يحدد في منطوقه أو بأسبابه التي أقام عليها قضاؤه ميقاتا معينا أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالمحجور عليه ولم يرد حالة للعتة التي اعترته إلى تاريخ يعينه من التواريخ العديدة التي ردها الطبيب وأوردها تقريره بشأن مرضه فإن هذا الحكم لا يكون قد قطع بقيام حالة العتة لدى هذا الشخص في تاريخ سابق على قضاائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقدًا لأهليته إلا من وقت صدوره . هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التي لا تنسحب آثارها على الوقائع

السابقة عليه " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٤٤ - عزل القيم :

تنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء " .

وعلى ذلك فإن أحكام عزل الوصي المنصوص عليها في المادة ٤٩ من المرسوم بقانون تسرى على عزل القيم .
وقد نصت المادة الأخيرة على أنه : " يحكم بعزل الوصي في الحالات الآتية :

- (١) إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه .
- (٢) إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها وأصبح في بقاءه خطر على مصلحة القاصر " .

أما عن السبب الأول فقد سبق أن عرضنا له ضمن أسباب عدم الصلاحية للوصاية المنصوص عليها في المادة ٢٧ (راجع بند ٢٤١) .

كما نحيل في تفصيلاته إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال .

ونكتفي هنا بعرض بعض أحكام النقص :

١- " إذ يبين من القرار المطعون فيه أنه بني قضاءه بعزل القيم على أن الإبن أحق برعاية والدته وأحرص على مالها مستهدية في ذلك بما نصت عليه المادة ٦٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أن القوامة تكون للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة ، وكان مفهوم ذلك أن نظر المحكمة إنما تعلق فقط بالترتيب الذي وضعه المشرع عند تعيين القيم وقصر عن الإحاطة بمقطع النزاع في القضية ، وهو مدى إخلال الطاعن بواجباته وما إذا كانت قد توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزله مما نص عليه في المادة ٤٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الوصى والتي تسرى في حق القيم بنص المادة ٧٨ من ذات القانون . لما كان ذلك فإن هذا القرار يكون قد شاب قصور مبناه الخطأ في فهم القانون " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١/١)
٢- " وحيث إن مبنى دفع النيابة بعدم جواز الطعن أن قرار عزل الطاعنة من الوصاية على قصر وتعيين المطعون ضدها

الثانية وصية عليهم لايجوز الطعن فيه بطريق النقض وحيث إن هذا الدفع في محله ذلك أن النص في المادة ١٠٢٥ مرافعات يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع - على ما يبين من المذكرة الإيضاحية - قصر الحد من جواز الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في مسائل الولاية على المال فقصره على القرارات التي تصدر في المسائل المبينة في ذلك النص على سبيل الحصر لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد أيد القرار المستأنف بعزل الطاعة من الوصاية ... وهو مالا يندرج بين المسائل الواردة بالنص المذكور ومن ثم فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز ^(١).

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٤/٣/٢٠٠١ - لم ينشر بعد)
٢٤٥ عن السبب الثاني وهو إذا أساء الوصي (القيم) الإدارة أو أهمل فيها وأصبح في بقاءه خطر على مصلحة القاصر ، فمثاله أن ترتبك شئون الوصي (القيم) المالية على نحو ينذر بإفلاسه أو إفساره ، وكما لو وجدت له مصلحة في منشأة تنافس المنشآت المملوكة للقاصر .

(١) يلاحظ أن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة ألغى طريق الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية (نفس ومال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات (م ١٤) .

٢٣٥- الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه :

مؤدى المادة ١١٢ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة ولاتتوافر هذه الصفة إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه .

ومن ثم يكون الحق فى الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفضه وفى الحكم الصادر برفع الحجر أو برفضه للنياية والمحجور عليه .

غير أنه لايجوز للمشتري ممن وقع الحجر عليه الطعن فى هذا الحكم لأنه وإن كان ذا مصلحة إلا أنه ليس طرفا فى الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى المادة ٢١١ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة لاتتوافر إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه ، ولايكفى أن تكون له مصلحة فى إلغاء الحكم أو تعديله وكانت الخصومة تتحدد فى الاستئناف بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى والمناطق فى تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات فى الدعوى إليه ، وإذ كان الثابت من

واقع الدعوى أن الطاعن الأول لم يكن على أى وجه طرفاً فى الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى فإن استئنائه للقرار الصادر فيها بتوقيع الحجر على الطاعن الثانى يكون غير جائز ولايسوغ القول بأن قضاء الولاية على المال جرى على إباحة الطعن للمشتري ممن وقع الحجر عليه، أو أن ذلك كان حائزاً بمقتضى المادة ٢/١٣ من قانون للمجالس الحسبية الصادر فى ١٣/١٠/١٩٢٥ والتي كانت تبيح للنياحة العامة ولكل ذى شأن أن يستأنف إلى المجلس الحسبى العالى أى قرار صادر من المجالس الحسبية فى طلبات توقيع الحجر أو رفعه ، وقد ألغى هذا الحكم بالمادة ٩٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن المحاكم الحسبية والتي قصرت رفع الاستئناف على الأحكام الصادرة فى المواد الحسبية من النيابة العامة ومن المحكوم ضده ليس غير ، ثم ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٦ قى "أحوال شخصية" جلسة ٢٥/١/١٩٧٨)
وميعاد الاستئناف أربعون يوماً (م ١/٢٢٧ من قانون المرافعات).
ويبدأ ميعاد للاستئناف طبقاً للقاعدة المقررة فى المادة ٢١٣ مرافعات) . وميعاد الاستئناف ستون يوماً لمن لا موطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة (م ٦١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

ولا يجوز للخصوم الطعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف (م ١٤ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة) .

وإنما يجوز للنائب العام الطعن في هذا الحكم بطريق النقض لمصلحة القانون إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (م ٢٥٠ مرافعات).

ويجوز الطعن بالتماس إعادة النظر في القرار الصادر بتوقيع الحجر فقط (م ١/٦٤ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

مادة (١١٤)

١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

الشرح

٢٤٦- تصرفات المجنون والمعتوه :

رأينا أن المادة ٤٥ من التقنين المدني تنص على أن لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو لعته أو لجنون . فقد اعتبر النص المجنون والمعتوه فاقدى التمييز ومعدومى أهلية الأداء وهما يأخذان حكم الصبى غير المميز . فيقع جميع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا ، حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض . وهو ما كان سائدا في ظل التقنين المدني القديم كما سنرى .

إلا أن المجنون أو المعتوه ، لا يعتبر كذلك فى حكم المادة (١١٤) من التقنين المدني الجديد ، وبعبارة أخرى لا ينعدم أهلية الأداء عنده ، إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل

هذا القرار^(١) .

فالأصل العام إذن فى تصرفات المجنون أو المعتوه أن تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام أهليته إذا صدرت منه بعد صدور الحجر وتسجيله .

وقد حدا الشارع إلى الخروج على القواعد العامة تغليب الاعتبارات العملية عن الاعتبارات للنظرية وضرورة استقرار المعاملات فالشخص لا يستطيع أن يأمن إلى صحة التصرف الذى يجريه فمن المتصور أن يتضح فى أى وقت أن الطرف الذى تعاقد معه كان مجنونا وقت إبرام التصرف ، فيبطل هذا التصرف بطلانا مطلقا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدنى قد واجهت حالة الحجر وصدر قرار به ، وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه . ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ... الخ " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

(١) حسام الدين الأهولى ص ١٦٥ .

٢- " النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من القانون المدني على أنه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " وفي الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه " إذا ما صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقبت التعاقد أو إذا كان الطرف الآخر على بينة منها " مفاده أن العبرة في تحرى أهلية التعاقد بأهليته في الوقت الذي انعقد فيه العقد . وأن المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم للطرف الآخر بها ويكفي في ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتي للبيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة " .

(طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨)

٢٤٧- أولاً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل :

قرار الحجر :

مقتضى المادة (١١٤) أن المجنون أو المعتوه ، قبل أن يصدر

قرار الحجر عليه ويسجل ، أو يسجل طلب الحجر - كما سنرى (١) - لا يعتبر معنوم الأهلية ، بل كاملها ، وتكون تصرفاته صحيحة لأباطلة ، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معنوها عند إتمامها رغم أنه منعدم الإرادة كما ذكرنا .

ولم تستثن المادة من هذا الحكم - كما سنرى - سوى أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" سنت المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد حكما جديدا لم يكن مقررًا في القانون المدني القديم إذ استلزم لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها ولم يكتف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورها كما كان الحال في القانون الملغى . فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه فإن الحكم

(١) وسنرى أنه اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/٨ يقوم قيد للنيابة طلب الحجر في السجل الخاص المعد لذلك مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجراءاته متى قضى بإجابة للطلب (انظر بند ٢٥٩) .

إذ اقتصر في تأسيس فضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه ودون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعة المتصرف إليها كانت على بينة منها فإنه يكون مخالفا للقانون وقاصر التسبب " .

(طعن رقم ٤٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٦٥)

٢٤٨ - لا يلزم لإبطال التصرف أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ :

لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المجنوه أو المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفیه وذی الغفلة - كما سنرى - من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٥) على أن " أما التصرف (تصرف ذی الغفلة أو السفیه) قبل تسجيل قرار الحجر . فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفیه وذی الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى

باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها
فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- " لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل
تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفیه وذی
الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى
باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها
فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٣)

٢٤٩- الاستثناءان الواردان على القاعدة السابقة :

يستثنى من القاعدة الواردة بالفقرة الأولى من المادة (١١٤)
وهي وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة ، إذا صدرت قبل
تسجيل قرار الحجر حالتان:

الحالة الأولى :

إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد :

وشيوع الجنون أو العته يعنى علم أغلب المحيطين بالشخص في
عمله أو في مسكنه أو في الأماكن التي يتردد عليها بحالته . كما لو
كان الممرض العقلى من ذلك الذى يسبب تهيج الشخص وقيام

المحيطين به بإيداعه فى مصحة للأمراض العقلية (١).

الحالة الثانية :

أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد .

تتطلب هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر الذى تعامل مع المصاب بمرض عقلى على بينة أى على علم بحالته . كما لو كان هو طبيبه المعالج ، أو كان على صلة وثيقة به بحيث يكون على علم بجنونه أو بعته (٢).

وعلة إبطال تصرفات المجنون والمعتوه فى الحالتين السابقتين هو سوء نية أو افتراض سوء نية المتعامل معهما ومن ثم فلا داعى لتطبيق القرينة التى مقتضاها أن الشخص كامل التمييز والأهلية قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو تسجيل طلب الحجر .

٢٥٠ - ضرورة قيام الحالتين السابقتين وقت التعاقد :

يشترط لتوافر الحالتين السابقتين أن يكون شيوع حالة الجنون أو العته قائمة وقت التعاقد، أو أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد ، وأن يكون ذلك واضحا من أسباب الحكم الذى يعول على توافر هاتين الحالتين .

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٩ .

(٢) نعمان جمعه ص ٤٥٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحاله فى الوقت الذى انعقد فيه العقد . فإذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد (السابق على الحجر وعلى طلبه) على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تتنابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانيا للعته والسفه بعد تعاقدته، ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية، فإن ما استلكت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدى إلى أن المحجور عليه كان معتوها فى ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبب متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٠)

٢- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات قيام حالة العته لدى البائع إلى التقرير الطبى الذى أثبت وجودها فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ ورتب الحكم على ما ورد فى هذا التقرير أن هذه الحالة لابد أن تكون راجعة إلى حصول التصرف المطعون فيه أى فى ديسمبر سنة ١٩٥٣ وكان التقرير الطبى خلوا مما يعين على تأكيد إرجاع حالة العته التى أثبتتها الطبيب فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ إلى تاريخ ذلك التصرف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يفصح عن

مصدر آخر استمد منه تأكيده رجوع حالة العته إلى ذلك التاريخ بالذات وهو ما يجب ثبوته بيقين لإبطال التصرف ، يكون قاصرا بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦)

٣- " النص في الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني على أنه " إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن وقت التعاقد هو المعول عليه في شيوخ حالة العته أو علم المتصرف إليه بها لإبطال التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٧ - غير منشور)

٢٥١ - يكفي توافر إحدى الحالتين :

يكفي لإعلان تصرفات المجنون أو المعتوه الصادرة قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو تسجيل طلب الحجر - كما سنرى - توافر إحدى الحالتين المنصوص عليهما بالفقرة الثانية من المادة (١١٤) ، أي يكفي أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التصرف أو يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو

العتة، فالنص لا يتطلب اجتماع الحالتين معا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حالة عته المورث - المتصرف- كانت شائعة وقت تصرفه للطاعة فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني ولإعمال آثار البطلان طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك أن يثبت علم الطاعة بحالة للعتة أو استغلالها لها لأن ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن إثبات علم المتصرف إليه بها كما أن الاستغلال غير لازم قانوناً في مقام إبطال تصرف المعتوه".

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- " ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفي لإبطال البيع الصادر منه طبقاً للمادة ١١٤ من القانون المدني ويغنى عن إثبات علم المشتري بهذه الحالة لأن هذه المادة لا تتطلب اجتماع الأمرين معا - الشيوع والعلم - وإنما تكفى بتحقق أحدهما " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٥)

٣- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني، أنه يكفي لإبطال تصرف المعتوه الحاصل قبل تسجيل قرار

الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

(راجع أيضا طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨)

- منشور بئد ٢٤٦) .

٢٥٢- إثبات الجنون أو العته فى حالة الادعاء بصذور التصرف قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر :

إذا ادعى القيم على المحجور عليه ، أو ادعى المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه ، أن تصرفا صدر منه قبل تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر ، وتوافرت إحدى الحالتين سالفتي الذكر اللتين يكون فيهما التصرف باطلا ، وقع على عاتقه إثبات حالة الجنون والعته وتوافر شروط إحدى الحالتين المشار إليهما .

ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن - فللمحكمة أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقق لإثبات ذلك، كما أن لها أن تكذب طبيبا أخصائيا فى الأمراض العقلية لفحص المتعاقد ، وإن كانت لا تلزم بذلك ، إذا رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت المحكمة قد اقتضت بما ورد في تقرير الطبيب الخبير عن حالة البائع العقلية عند البيع ، ثم استعرضت في تفصيل أقوال شهود طرفي الدعوى - الطاعنين في العقد والمتمسكين به- ورأت أنها تؤيد الخبير، ثم أقامت حكمها ببيان العقد على تلك الأسباب المتعلقة بواقع الدعوى فلا تجوز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض. ولا يقدح في حكمها أنها اعتبرت البائع معنوها وقت التعاقد بناء على ما استخلصته مما ثبت من هذا التقرير ومن أقوال أولئك الشهود ومن ظروف الدعوى ، مع كون الطبيب لم يعبأ حالة البائع لأنه كان قد توفي - لا يقدح ذلك في حكمها لأن وفاة البائع لا تمنع قانونا من الفصل في أمر عتبه عند التعاقد متى كانت المحكمة قد وجدت في العناصر التي بين يديها ما يكفي لتكوين عقيدتها في هذا الشأن " .

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٤٥/٥/٣١)

٢- " إذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها ببيان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضى التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف " هل كانت حالة المريض حالة عته قانونى يلى

الجنون فى الدرجة " فأجاب بأنه " لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتى ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفا فى بنيتة وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون فى حالة تردد"، فإن هذه الإجابة كاملة لاتشهد بسلامة عقله، فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقضاء فى ضوء ما يديه الطبيب " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٥ ق"أحوال شخصية" جلسة ١٠/٣١/١٩٤٦)

٣- " لا مخالفة للقانون فى أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات قيام حالة العته بالمتصرف وقت صدور العقد المطعون فيه ، فإنه لا نص يوجب عليها أن تلتزم فى هذه الحالة طريقا معينا للإثبات ولا محل فى هذا المقام للتحدى بالمادتين ٨٦٦ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ ، ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فإن حكمهما إنما ينطبق على الإجراءات الواجب اتباعها قبل توقيع الحجر فلا يسرى على إثبات قيام حالة العته فى تاريخ سابق على صدور قرار الحجر " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ قى جلسة ٢٢/١١/١٩٥١)

٤- " إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى .
والتي حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع

على عاتق مديري المستشفيات والمصحات والأطباء المعالجين إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، إلا أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يقصد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالة العته ، وإنما استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتباع قبل توقيع الحجر ، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه في المادة ٩٨٢ من ذات القانون . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة من أحد الفنيين ، ومؤيدة بما جرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتدت بها الحياة حتى تجاوزت التسعين من عمرها ، وأنها كانت مصابة بعته شيوخوخى . وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامت قد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة في تقدير الدليل ، فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها لا ينطوى على فساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٥- " إذا كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة في الدعوى بحيث يكون لها أن تقضى في موضوعها بما تراه حقا وعدلا ، فإنه لا تترتب على الحكم المطعون

فيه إذا هو استعان في شأن التذليل على قيام حالة العته وقت صدور التصرف بأقوال شهود المطعون عليهن أمام محكمة الاستئناف في التحقيق الذي أجرته في شأن صدور التصرف حال مرض موت الباتعة ، اعتبارا بأن ما حصله الحكم من هذه الأقوال قرينة تساند الأدلة الأخرى التي أوردها " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ في جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٦- " وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه إذا كانت القرائن التي استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدي متسادة فيما بينها إلى النتيجة التي انتهى إليها فلا يجوز معه مناقشة كل قرينة على حدة للتذليل على عدم كفايتها في ذاتها لما كان ذلك وكان الحكم قد استبعد الشهادة الطبية على ما أورده في مدواته من أن " للمحكمة لا تطمئن إلى هذه الشهادة لصورها من طبيبه المعالج ولو كان مريضا بذلك المرض لدخل إحدى المستشفيات المخصصة لذلك هذا فضلا عن أنه لو كان مريضا بمرض عقلي يذهب بتصرفاته إلى مرحلة اللاوعى أو عدم الإدراك لظهر جليا في تصرفاته في أمواله وأصابه عدم الوعى والإدراك في التصرف فيها مما يدفعهم إلى الحجر عليه للتصرف في أمواله - أما ولم يفعل فإنه يكون شديد التصرف واعيه وعاقلة ويدركه مما تستبعد معه هذه المحكمة هذه الشهادة الطبية المقدمة من المستأنفين . وحيث إن ما سلف بيانه

يمثل ناحية ومن ناحية أخرى فإن إسلام مورثهم على يد موثق
رسمى ومشهد عليه شخصان في إشهار الإسلام بالشهادتين أمام
الموثق وظل على حاله أى مسلما مدة منذ إسلامه في ١٩٥٩/٧/٥
وحتى تاريخ انضمامه إلى البطريركية الأرثوذكسية في
١٩٦٢/٣/٦ فإن بقاءه مسلما هذه المدة إنما يظهر عقلية صاحبها
بأنها سليمة وعادية ولا عاهة أو آفة بها الأمر الذى يطمئن وجدان
المحكمة إلى أن مورث المستأنفين كان صحيح العقل كامل الإرادة
عند إشهار إسلامه " وكانت هذه القرائن التى استند إليها الحكم
لاستبعاد دلالة تلك الشهادة الطبية على المرض العقلى للمتوفى
خلال فترة إسلامه هي قرائن سائغة لها مأخذها من الأوراق وتؤدى
في مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها وتكفى لحمل قضائه فإنه
لا يجوز المجادلة فيها بمناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم
كفايتها في ذاتها . لما كان ذلك وكان للطاعنون لم يطلبوا أمام
محكمة الموضوع إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يدعونه
وكان الحق المخول لمحكمة الموضوع في المادة ٧٠ من قانون
الإثبات من أن لها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق للإثبات
بشهادة الشهود متروك لمطلق تقديرها ولا تخضع فيه لرقابة محكمة
النقض فإنه لا يقبل النعى بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ هذا
الإجراء . ويكون النعى عليه بالقصور في التسبيب والفساد فى

الاستدلال على غير أساس " .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٥٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩١/١/١٥)

٧- " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنهم ثبوت شيوخ حالة العته عند المحجور عليه يكفى لإبطال التصرف الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشتري بهذه الحالة لأن هذه المادة لا تتطلب اجتماع الأمرين معا - الشيوخ والعلم - وإنما تكفى بتحقيق أحدهما ومن المقرر أيضا أنه يجوز للمحكمة أن تقضى فى المسائل الفنية فى الدعوى دون الاستعانة بأهل الخبرة طالما وجدت فى المستندات المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بين أن المصدر الذى استقى منه أن من نسب إليها صدور العقد بنيدى الدعوى مختلة عقليا ومضابة بالشلل وفاقدة لحاستى السمع والإبصار ولا تعى لما تقول وهو ما ثبت من صدور قرار محكمة الأحوال الشخصية فى ١٩٨٢/٢/٢٥ بمنعها من التصرف فى أموالها . وأن تلك الحالة كانت شائعة ومعومة وأن الطاعن كان يعلم وقت تحرير العقد بحالة العته القائمة بالمحجور عليه وأن علمه هذا مستفاد بما قرره بإقامته معها لرعايتها نظرا لحالتها سالفة البيان . وكانت الأسباب التى استند إليها الحكم المطعون فيه فى التكليل على أن الطاعن كان يعلم وقت تحرير عقد الإيجار بحالة العته القائمة

بالمحجور عليها مائغة ومن شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها ومن ثم فلا على الحكم إذ خلص إلى هذه النتيجة من تحقيقات نيابة الإسكندرية لأحوال الشخصية في القضية رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٨ دون الاستعانة بأهل الخبرة المختصة طالما قد وجد في المستندات المقدمة في الدعوى ما يكفي لتكوين عقينته.

(طعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٣/٢/١٩٩٢ - غير منشور)

٢٥٢- القاضى هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية :

إعطاء الحالة المرضية للمتصرف وصفها القانونى عما إذا كانت تكشف عن وجود جنون أو عته من عمه ، هي مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقم قضاءه ببيان العقود لعتة المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء " .

(طعان رقم ٥٣ ، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١/١/١٩٧٤)

(١) محمدكمال عبد العزيز النقيين المدني في ضوء القضاء والفقهاء الجزء الأول في الالتزامات ص ٣١٢ - المستشار الدكتور محمد شتا أبو مسعد ص ٥٩٩ وما بعدها .

٢- "قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى تستقل محكمة الموضوع في تقدير الدليل عليه - لا شأن للطبيب في إعطاء الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدان وأن الأمر في ذلك لمحكمة الموضوع في ضوء ما يبيده الطبيب بغير معقب - توقيع الحجر أو رفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٥٤- سلطة محكمة الموضوع في تقدير قيام الجنون أو العته:

تقدير قيام الجنون أو العته من عدمه ، أى تقدير الحالة الواقعية لأى منهما مسألة واقع فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائفاً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى. فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائفاً " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، والنعى على الحكم فى

هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٦ قى جلسة ١٩٧١/٤/٢٢)

٣- " تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

٤- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا ، والعبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحالته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٥٣ قى جلسة ١٩٨٦/١١/١٢)

٢٥٥- حكم القانون الملقى :

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (١١٤) من التقنين المدنى الجديد، وكان المتفق عليه فقها وقضاء هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنونا أو معتوها وقع التصرف باطلا على أساس انعدام الإرادة ، ولو كان لم يحجر عليه

بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع ، ولو كان المتعاقد معه على غير بينه من حالته (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " العته بعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة وقت ثبوته ، ولذا لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا للبطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف فيه .

والمحكمة إذ تنصدى لبحث حالة العته إنما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضاء الصحيح الصادر عن إرادة حقه ، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها . فالحكم الذى يقام على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً من الأدلة التى أوردها من أن عته البائع كان قائماً وقت صدور عقد البيع منه يكون مبنياً على أساس صحيح غير مخالف للمبادئ القانونية الخاصة بالأهلية

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فى نظرية العقد ص ٢٧٥ - حسن كبره من

وعوارضها ولا مجاوزا حدود اختصاص المحكمة التي أصدرته " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩)

٢- " إن القانون المدني القديم لم يكن يشترط لإبطال التصرف علم المشتري بعته البائع وقت البيع ، بل كان يكفي في ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتباراً بأن العته متى ثبت قيامه فإنه يعد رضاء من يصاب به " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٣- " لا يشترط للقانون المدني القديم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لإبطال تصرف المعتوه علم المتصرف إليه بهذا العته وقت التصرف بل كان يكفي في ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت هذا التصرف على أساس أن قيام هذه الحالة بعدم رضاء صاحبها فتقع تصرفات المعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً من وقت ثبوتها " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٢٥٦- رأى فقهي وقضاء لمحكمة النقض بإبطال تصرفات المجنون والمعتوه على أساس انعدام إرادته :

ذهب رأى في الفقه إلى أنه وإن كان حرفية المادة ٢/١١٤ من

التقنين المدني تدل على أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر لا تكون باطلة ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان التعاقد الآخر على بيئة من حالته ، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معتوها عند إبرام التصرف - إلا أنه لا يمكن للتسليم بهذا الرأي، لأن الإرادة أساس التصرف ، ولا يمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصا معينا كان بالفعل مجنونا أو معتوها حين إبرامه تصرفا معينا . وقع هذا التصرف باطلا بالضرورة ، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع ، ولو كان الطرف الآخر على غير بيئة من حالته . لأن الجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة ، دون توقف على أمر آخر . على أن البطلان هنا لايجئ نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة لانعدام الإرادة .

ولايسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٤) ، فهذه المادة كما يدل عليه مكانها (بين المواد التي تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد) لاتعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده بينما البطلان هنا يؤسس على أمر آخر ، هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ١٨٩ التي تستلزم الرضا ، كركن

أساسى لقيام العقد^(١).

ويتعين على طالبه أن يثبت قيام الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات ، بحيث أنه إذا عجز عن هذا الإثبات ، أو أثبت للطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مفيقا فى ذات اللحظة التى أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحا . ولذى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والتقدير النهائى لقاضى الموضوع .

وقد أخذت بهذا الراى محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/١/١٩ فى الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩ إذ ذهب فيه إلى أن :

"إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون للمدنى قد واجهت حالة الحجر وصدر قرار به، وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ، إلا أنه ليس معنى ذلك أن المجنون أو المعتوه الذى لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة إذا لأصل أنه يجب أن

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٧٤ ومابعدها - السنهاورى ص ١٤٤ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٣٦ .

يصدر التصرف عن إرادة سليمة ، وإلا انهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه بطلانه إذا ما ثبت علم المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعتم للتمييز لحظة إبرام التصرف أخذاً بأن الإرادة تعتبر ركناً من أركان التصرف القانوني".

٢٥٧- ثانياً : حكم تصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ على أن : " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " .

ومفاد ذلك أن أى تصرف يصدر من المجنون والمعتوه بعد تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر - كما سنرى تفصيلاً فيما بعد - يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً . ذلك أن المشرع أقام من صدور حكم بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك الحكم أو تسجيل طلب الحجر قرينة قانونية على علم الغير بذلك .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية إلا منذ تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر أن يظل معتبراً كاملاً الأهلية إلى حين حصول مثل هذا التسجيل . فلا تعتبر تصرفاته في

هذه الفترة باطلة^(١) .

وتظل تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر - باطلة إلى حين الحكم برفع الحجر عنه، حتى ولو عاد إليه الرشد من قبل . وهي تبطل دون حاجة إلى إثبات انعدام التمييز فحكم الحجر يؤدي إلى انعدام الأهلية ، ولا يجوز نقض أثره هنا إلا بحكم يرفع الحجر^(٢) .

ويستوى أن تكون هذه التصرفات نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع والضرر^(٣) .

والحكم الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه ، بوصفه أنه ينشئ للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة ، فهو يسرى حتى على من لم يكن طرفا في الدعوى^(٤) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القرار الصادر بتوقيع الحجر للعتة - بوصفه منشئا لحالة

(١) حسن كبره ص ٥٨٦ - وراجع ما ذكرناه في بند (٢٥٦) .

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١-١٩٥٢ ص ١١٨ وما بعدها .

(٣) الدكتور عبد الوود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٧٤ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٧٤ .

مدنية - له حجية مطلقة تسرى فى حق الناس جميعا ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد بحجية ذلك القرار ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٢ ، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

كيفية تسجيل حكم الحجر :

٢٥٨ - أولاً : فى ظل الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ :

أبقى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على الكتاب الرابع من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمضاف إليه بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (م) من قانون إصدار قانون المرافعات الجديد). وقد نصت المادة (١٠٢٦) الواردة فى الكتاب المذكور "الباب الرابع - الفصل السابع" فى " تسجيل الطلبات والقرارات والاطلاع وتسليم الصور والشهادات " على أن: "تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإنذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته

فيه وذلك بأمر من قاضى الأمور الوقتية يصدر على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة كتابة . ويقدم الطالب الإذن بقلم الكتاب لإجراء التسجيل فورا .

ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلبات بمضمون القرارات النهائية الصادرة فيها وذلك فى ميعاد ثمانى وأربعين ساعة من تاريخ صدورها .

وتنص المادة ١٠٢٧ على أنه :

" إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به وجب علي قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يلقى :

(١) توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة.

(٢) سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها .

(٣) استمرار الولاية أو الوصاية .

(٤) سلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالإدارة أو الحد منه.

(٥) منع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته أو وقفها أو الحد

منها أو وكيل الغائب من التصرف أو تقييد حريته فيه .

ويجب كذلك أن يؤشر على هامش هذه القرارات بكل قرار يصدر

ملقيا أو معدلا لها .

وتنص المادة (١٠٢٨) على أن :

" القرارات المشار إليها في المادة ١٠٢٦ لا تكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم .
ويترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون المدني " .

ويبين من المواد الثلاث سالفة الذكر ما يأتي :

١- أن المشرع قد سوى في المادتين ١٠٢٦ ، ١٠٢٨ منه بين تسجيل طلب الحجر وتسجيل القرار النهائي الصادر بالحجر في الأثر المترتب على كل منهما في حكم المادة ١١٤ من التقنين المدني. فتسجيل الطلب يغني عن تسجيل للقرار النهائي الصادر بالحجر، إذ يتم التأشير على هامش تسجيل هذا الطلب بمضمون:-
القرار النهائي الصادر فيه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات بينت كيفية تسجيل طلب الحجر ورقت المادة ١٠٢٨ من القانون ذاته على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام وفقا لأحكام القانون المدني. لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم

المطعون فيه قد أقيم قضاءه على أساس من تسجيل طلب الحجر على مورثة للمطعون ضدهم فى ذات يوم تقديمه فى ١٨/٥/١٩٩٢ ورتب على ذلك ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام إعمالاً لأحكام المادة ١١٤ من القانون المدنى دون أن يبين وجه ما استدل به على ثبوت تسجيل طلب الحجر فى الموعد الذى ذهب إلى القول به رغم أن ثمة فارقاً بين مجرد تقديم طلب الحجر للنيازة وبين تسجيله بالسجلات للمعدة لذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات وهو ما تمسكت به الطاعنة فى دفاعها ولم يتناوله الحكم بالرد وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق " .

(طعن رقم ٣٢١٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٣)

٢- أن تسجيل طلب توقيع الحجر يكون بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة ويقدم الطالب الإنن لقم الكتاب لإجراء التسجيل فوراً . ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلب بمضمون القرار النهائى الصادر فيه وذلك فى ميعاد ثمان وأربعين ساعة من تاريخ صدوره .

٣- لا تكون قرارات الحجر حجة على الغير حسن النية إلا من

تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها ، فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل قرار الحجر .

فالتسجيل اعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على علم الغير ممن تعامل مع المحجور عليه فتسحب حجية القرار إلى تاريخ تسجيل الطلب أو من تسجيل قرار الحجر حسب الأحوال .

وإذ كان القانون المدني قد عالج في المادة ١١٤/٢ حكم التصرف الصادر من المجنون والمعتوه - كما رأينا سلفا - قبل تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر ، فنصت الفقرة المذكورة على أنه : " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " .

كما عالجت الفقرة الثانية من المادة (١١٥) حكم التصرف الصادر من السفه أو ذى الغفلة فنصت على أن : " أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

ومن ثم فإن ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٨) مدني سألقة الذكر من أن القرارات المشار إليها في المادة (١٠٢٦) لا تكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم ، إن هو

إلا تطبيق للقاعدة العامة للوردة فى الفقرة الثانية من المادتين (١١٤، ١١٥ مdney) إذ كون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو أن الطرف الآخر على بينة منها وذلك فى التصرف السابق على التسجيل أو أن التصرف الصادر من السفیه أو ذى الغفلة قبل التسجيل نتيجة استغلال أو تواطؤ ، كلها تجعل الغير سىء النية^(١).

٢٥٩- ثانيا : فى ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

بتاريخ ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية . ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) فى ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره (م ٦ من قانون الإصدار) .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون إصداره على أن يلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٧ .. وبالتالي فقد ألغيت المواد (١٠٢٦-

(١) المستشار محمد كمال حمدي الجزء الثانى ص ٢٤٤ ومابعدھا .

١٠٢٨) التى كانت تنظم تسجيل طلب الحجر أو تسجيل القرار الصادر بتوقيع الحجر وأثره والتى كانت واردة بالكتاب الرابع المضاف الى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

ثم نصت المادة ٣٢ من القانون على أن :

" تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإنن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه ، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص . ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب .

وعلى للنيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب " .

وقد أصدر السيد وزير العدل تنفيذا لهذه المادة بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ القرار ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص بمولد الولاية على المال والذي نشر فى الوقائع المصرية بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٧ العدد ٥٥ (تابع) (١).

(١) وننشر القرار فيما يلي:

قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠
بإجراءات القيد والشطب في السجل الخاص
بمواد الولاية على المال

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ،

قرر:

(مادة ١)

ينشأ في كل نيابة كلية سجل لقيد الطلبات المتعلقة بمسائل الولاية والوصاية والحجر والغيبة والمساعدة القضائية، تنفيذاً لحكم المادة (٣٢) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار في شأن القيد والشطب في هذا السجل .

(مادة ٢)

يتم القيد في السجل المشار إليه في المادة السابقة ، على النحو التالي:
أولاً: تقيد الطلبات بأرقام سلسلة تبدأ في بداية كل عام قضائي ، وتنتهي بنهايته .

على أن تقيد الطلبات الخاصة بعام ٢٠٠٠ اعتباراً من ٢٠٠٠/٣/١٥ إلى ٢٠٠٠/٩/٣١ .

ثانياً : يقيد كل طلب في صفحة مستقلة، وفقاً لما هو مبين بالنموذج المرفق بالقرار . وتمهر صفحات السجل بخاتم النيابة .

ثالثاً : يتم إثبات قيد الطلب فور تقديمه بمعرفة رئيس قلم الأحوال الشخصية أو من يقوم مقامه ، ويعتمد القيد من رئيس النيابة الكلية في موعد أقصاه اليوم التالي لتاريخ القيد .

رابعاً : يتم إثبات تاريخ القيد وساعته واسم الطالب وموطنه بعد التأكد

من شخصيته ، وإثبات صفته بالنسبة للمقدم ضده الطلب ، وبيان سند وكالته الذى يخوله الحق في تقديم الطلب ، وثبتت بيانات التوكيل بالسجل ، ويرفق التوكيل بملف الطلب إن كانت الوكالة خاصة أو ترفق صورة ضوئية منه إن كانت الوكالة عامة ، وفي جميع الأحوال يجب أن يوقع مقدم الطلب قرين تلك البيانات في الموضع المعد لذلك بالسجل .
خامساً - بيان اسم المقدم ضده الطلب وسمه وموطنه وديانته وجنسيته .
سادساً : ثبت ملخص لموضوع الطلب في الموضع المعد لذلك بالسجل .
سابعاً : ثبت منطوق القرارات الصادرة من النيابة العامة وما اتخذته في شأن أى من الإجراءات التالية ، مع بيان اسم وصفة للقائم بها وتاريخ اتخاذها وتوقيعه قرين ذلك :

- ١- إجراءات حصر أموال وحقوق المعنى بالحماية .
- ٢- إجراءات وضع الأختام ورفعها .
- ٣- رقم الأمر الوقتى الصادر بالترخيص للنيابة العامة في نقل الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزنة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .
- ٤- بيان الجهة التى أودعت لديها تلك الأشياء وتاريخ إيداعها ورقم الإيداع .
- ٥- أى قرارات أخرى تأمر بها النيابة العامة .

ثامناً : ثبت تاريخ ومنطوق القرار الصادر بتعيين النائب عن المعنى بالحماية، واسمه وموطنه وتاريخ إخطاره بقرار تعيينه إن صدر في غيبته ، كما ثبت تاريخ اعتراضه على هذا التعيين في حالة اعتراضه ، وتاريخ صدور القرار الصادر بتعيين آخر بدلاً منه ، وتتبع في شأنه الإجراءات السابقة .

تاسعاً : ثبت تاريخ الإجراءات التى تتبعها النيابة العامة في شأن جرد

وواضح مما تقدم أنه اعتباراً من ٢٠٠٠/٣/٨ أصبح قيد النيابة

أموال المعنى بالحماية بعد تعيين النائب عنه ، وشخص القائم بالجرد ،
واسم عضو النيابة الذي وقع على محضر الجرد . كما تثبت كافة
القرارات المتعلقة بنذب أهل الخبرة لتقييم الأموال والديون .
عاشراً : تثبت تاريخ تسليم الأموال التي تم جردها للنائب المعين ، بعد
إثبات اسمه وموطنه وتوقيعه على ما يفيد ذلك في الموضع المخصص
بالسجل .

حادى عشر : تثبت تاريخ تعيين مصفى على التركة ورقم الدعوى
الصادر فيها قرار تعيينه واسم المصفى وموطنه وتاريخ استلامه لأموال
التركة ، وتاريخ الانتهاء من أعمال التصفية .

ثانى عشر : تثبت كافة القرارات الأخرى التى تصدرها المحكمة فى
خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية .

ثالث عشر : تثبت كافة القرارات التى تصدرها محكمة ثانى درجة فى
خصوص مواد الولاية على المال وتاريخ صدورها .

رابع عشر : تثبت تاريخ القرار النهائى الصادر بشطب الطلب ، وبدون
فى السجل عبارة "شطب القيد" ورقم المادة الصادر فيها ذلك القرار .

خامس عشر : لايجوز تعديل القيد أو الكشط أو التحشير فيه أو التغيير ،
وعند إثبات بيان بطريق الخطأ ، يتم إثبات البيان الصحيح بجواره مع
وضع أقولس على البيان الخطأ ، وفى هذه الحالة يتعين اعتماد التعديل
من رئيس النيابة المختص .

(مادة ٢)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، ويعمل به اعتباراً من اليوم
التالى لتاريخ نشره .

صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار / فاروق سيف النصر

العامة (نيابة شئون الأسرة) طلب الحجر فى السجل الخاص المعد لذلك يقوم مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة طلب الحجر .

مادة (١١٥)

١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

الشرح

تصرفات السفه وذى الغفلة :

٢٦٠- أولاً : تصرفات السفه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر :

القاعدة أن السفه وذى الغفلة يتمتعان قبل تسجيل قرار الحجر بأهلية كاملة ، وعلى ذلك فجميع تصرفاتهما تعتبر صحيحة . ولا يمكن إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة لأن السفه والغفلة لا يمسان العقل ^(١).

إلا أن الفقرة الثانية من المادة (١١٥) أوردت استثنائين على هذه القاعدة ، يكون فيها تصرف السفه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر باطلا أو قابلا للإبطال .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي فى نظرية العقد ص ٢٨٢- عبد الوود يحيى ص ٧٥ - صام الدين الأهواى ص ١٦٧ .

فقد نصت هذه الفقرة على أن :

" أما للتصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والاستثناءان الواردان بالمادة هما :

١- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال .

٢- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ .

فلا يكفي أن تكون حالة الغفلة أو السفه قائمة ، ولا يكفي أن تكون هذه الحالة شائعة أو يكون المتعاقد على علم بها ، كما هو الشأن في تصرفات المجنون والمعتوه (١).

ونعرض لهذين الاستثنائين فيما يلي :

الاستثناءان الواردان بالنص :

الاستثناء الأول :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال .

ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم للمتعاقد مع السفه وذو الغفلة

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٦٤ وما بعدها .

بحالته . فيعمد إلى أن يغتكم الفرصة ، وأن يفيد مما يتسم به المتعاقد معه من سوء تدبيره أمره ، لتبذيره وإسرافه ، أو لبلاذنته وفرط الطيبة في قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لا تتعادل مع ما يقدمه هو أو يتحمل به من التزامات .

فلا يكفي هنا للقول بحصول الاستغلال ، أن يكون المتعاقد مع السفیه أو ذی الغفلة عالماً بحالته ، وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لا تتعادل مع التزاماته . ولا يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل في الالتزامات من عدمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفیه أو ذو الغفلة وما يعطيه . فالأمر متروك لقاضی الموضوع بفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض طالما بنى قضاءه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) - " تقضى المادة ١١٥ من القانون المدني بأن التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر - للسفه أو الغفلة - لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فإذا كان الطاعنون لا ينازعون في أن العقدین محل النزاع قد صدرا من

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٣ - حمام الدين الأهواني ص ١٦٧ .

مورثهم إلى المطعون عليهما قبل تاريخ تسجيل قرار الحجر فلا يجدى الطاعنين بعد ذلك المنازعة في صحة التاريخ الذى يحمله هذان العقدان ومحاولة إثبات أنه قدم ليكون سابقاً على رفع دعوى الحجر مادام أن هذا للتاريخ سابق على أى حال على تسجيل قرار الحجر ، كما أن مجرد ثبوت تحرير العقدين فى الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لا يكفى بذاته لترتيب البطلان بل يلزم أيضاً إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال وتواطؤ .

(ب) - " التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفه قبل صدور قرار الحجر لا يكون - وفقاً لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى الملغى وقننه المشرع فى المادة ١١٥ من القانون القائم - باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . ويقصد بالاستغلال أن يفتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله ... الخ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ قى جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- " يكفى وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط اجتماع

هذين الأمرين بل يكفي توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعتمد إلى التصرف في أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه بذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٣- " المقصود بالاستغلال - في حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدني - أن يغتتم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله . فإذا أثبت الحكم المطعون فيه في حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته إلى المال فاستصدرا منه للتصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيرا عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الاغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر إلى الطاعنين كان نتيجة استغلال وبالتالي يكون هذا التصرف باطلا وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر " .

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٤- " يشترط وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون

المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما حصل عليه من فائدة فلا يكفى لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ كما أنه لا يكفى لتحقيق الاستغلال أن يكون المتصرف إليه قد أبرم مع المتصرف العقد بقصد الاستغلال إذ أنه بفرض توافر هذا القصد لدى المتصرف إليه فإنه لا يكفى بذاته لإبطال العقد بل يجب لذلك أن يثبت أنه استغل المتصرف فعلا وحصل من وراء هذا العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون أما التواطؤ فإنه يكون عندما يتوقع السفه الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٥- " يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير

بصفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة ، وتقدير ما إذا كانت الفائدة التي حصل عليها السفه من التصرف الذي أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٢/١٩٨٥)

٦- " قرار الحجر للسفه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولا يسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم يكن قد حصلت بطريق الاستغلال أو التواطؤ " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٢/١٩٨٥)

الاستثناء الثانى :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ: والمقصود بالتواطؤ هنا أن يتوقع السفه أو ذو الغفلة الحجر عليه، فيعمد إلى المبادرة فى التصرف فى أمواله إلى شخص آخر يعلم بذلك ويتدبير واتفاق بينهما ، استباقا للزمان وتقويتا لأثر الحجر المرتقب ، فالتواطؤ حالة غش مشترك بين الطرفين ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٣ وما بعدها - نعمان جمعه ص ٤٦٦ .

وقد أوضحت محكمة النقض المقصود بالتواطؤ بقولها :

١- " ... والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفهيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تقويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- " ... أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفهيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه ذلك بقصد تقويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٢٦١- يكفى للإبطال توافر الاستغلال أو التواطؤ :

يكفى لإبطال التصرف الصادر من السفهيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون إما نتيجة استغلال وإما نتيجة تواطؤ، فلا يشترط اجتماع الأمرين معا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المندى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفهيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال هنا

أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعامل فيها للتراماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما القواطع فيكون عندما يتوقع السفية أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف في أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٢- " ... وكان التصرف الصادر من السفية في مثل هذه الحالة لا يكون وفقا لما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من القانون المدني باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . فإن الحكم إذا استلزم إثبات توافر أحد هذين الأمرين بعد أن حصل في أسباب سائغة أن التصرف المنعى عليه قد صدر قبل تسجيل طلب الحجر ، فإن يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٢٦٢- قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم :

الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدني الجديد ، تقنين لما استقر عليه قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم - الذي خلا من نص مماثل - من أن التصرف الصادر من السفية أو ذي الغفلة قبل صدور قرار الحجر وتسجيله، يكون

باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه ، متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والإجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له . ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هي به من القرائن التي أقتعتها بحصول هذا التواطؤ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- " تصرف المحجور عليه للفقلة الصادر منه قبل الحجر ولكن في وقت قيام سببه يكون باطلا إذا ثبت من ظروف التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم حالة المتصرف المستوجبة للحجر وأنه بالرغم من علمه بها قد أقيم على قبول تصرف له بالهبة".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

٣- " قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره، فلا ينحسب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق

الغش والتواطؤ ، والفتوى في هذا الخصوص هي على رأى أبى يوسف وحاصله أن تصرفات السفه قبل الحجر نافذه " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٨ فى جلسة ١١/٥/١٩٥٠)

٤- " إنه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ كأن يكون المتصرف إليه عالما بسفه المحجور عليه ومتواطأ معه في تعامله على تفويت آثار حجر متوقع ، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيعه المطعون فيه لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته مما اضطره إلى التصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن ، ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ - كان هذا منها استخلاصا موضوعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ١٨ فى جلسة ٢٥/٥/١٩٥٠)

٥- " متى كان الحكم إذ أبطل عقد البيع الصادر من المحجور

عليه للسفـه قبل توقيع الحجر قد أقام قضاءه على أن المشتري كان يعلم عند التعاقد بما اتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع، ومع ذلك فقد تواطأ معه غشاً بغية الحصول على العين المباعة بثمن بخس، فإن في هذا الذي قرره الحكم ما يفيد توافر عناصر الاحتيال على القانون مما يبطل العقد . ومن ثم فإن ما ينعاه المشتري عليه من خطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أنه جعل لقرار الحجر أثر ينسحب إلى الماضي يكون في غير محله " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٨ اى جلسة ١٩٥١/١/٢٥)

٢٦٢- الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يتطلب وقف الدعوى طالما كانت المحكمة مختصة بالمسألة الأولية :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وقف الدعوى طبقاً للنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات مناطه أن ترى المحكمة ضرورة تعليق حكمها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الفصل فى موضوع الدعوى وتكون هذه المسألة خارجة عن اختصاصها ، وليس كذلك الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر الذى يكون للمحكمة أن تفصل فى أوجه البطلان الموجهة إليه متى قدمت من القيم صاحب الصفة فى إيدائها وهو ما لم يتم فى الدعوى ، فيكون ولا مجال

لإعمال ما تنص عليه المادة ١٢٩ من قانون المرافعات .

(طعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٦/١١/١٩٧٨) (١)

٢٦٤- جزاء حصول التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ :

إذا كان تصرف السفينة أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر ، قد وقع نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فإنه يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال لمصلحة السفينة أو ذى الغفلة . وهو ذات الجزاء الذى يسرى على تصرفاتهما التالية لتسجيل قرار الحجر .

فيكون هذا التصرف باطلاً ، إذا كان ضاراً بالسفينة أو ذى الغفلة ضرراً محضاً ، كما لو كان التصرف عقد هبة ، ويكون قابلاً للإبطال إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة .

٢٦٥- حكم تصرف السفينة وذى الغفلة بعد تسجيل قرار

الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٥) على أنه : " إذ صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفينة بعد تسجيل قرار الحجر . سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام " .

(١) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا ص ٦٣٤ .

ومفاد هذا النص أن تصرف السفية وذى الغفلة - بعد تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر فى ظل العمل بالكتاب الواسع - من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وبعد قيد طلب الحجر فى الدفتر الخاص بذلك بالنيابة فى ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ كنا رأينا - يجعل كل منهما ناقص الأهلية ويأخذ حكم الصبى المميز . ومقتضى أخذ للسفيه أو ذى الغفلة حكم الصبى المميز ، أنه تثبت لكل منهما أهلية الاعتناء كاملة ، كما إذا تلقى أحدهما هبة من الغير .

أما أهلية إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا كما لو وهب مالا للغير أو أبرأ مدينه من دين له ، فالأصل أنها معدومة لدى السفية وذى الغفلة كما هى معدومة عند الصبى المميز . فإذا أجرى السفية أو ذو الغفلة أحد هذه التصرفات ، وقع للتصرف باطلا بطلانا مطلقا .

ولا يستثنى من الأعمال الضارة ضررا محضا ، سوى الوصية والوقف كما سنرى فى شرح المادة (١١٦) .

أما أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فلا تثبت للسفيه أو لذى الغفلة إلا ناقصة ، بمعنى أنه إذا أجرى تصرفا بعوض كأن باع أو اشترى وقع تصرفه قابلا للإبطال لمصلحته .

ويستطيع للقيم أو المحكمة إبطال التصرف ، كما يستطيع المتصرف ذاته هذا الإبطال بعد رفع الحجر عنه .
وغنى عن البيان أن هذا التصرف تصححه الإجازة كما سنرى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... لما كان عقد البيع من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر على أساس أنه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فإنه طبقا للمادتين ١/١١٥ ، ٢/١١١ من القانون المدنى يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه قابلا للإبطال لمصلحته ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز المحجور عليه التصرف بعد رفع الحجر عنه ، أو إذا صدرت الإجازة من القيم أو

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - نعمان جمعه ص ٤٦٥ - حسام الدين الأهولى ص ١٦٨ - وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى لاحظ الدكتور حامد زكى بك أن الفقرة الثانية تكلمت عن البطلان والقابلية للبطلان بالنسبة للتصرفات الصادرة من ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر .

فقيل له إن تصرفات ذى الغفلة ملحقة بتصرفات الصبى المميز وتصرفات هذا الصبى تتميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال. والضرورة ضرر محضا باطلا بطلانا مطلقا لذلك تكون تصرفات ذى الغفلة إما باطلة وإما قابلة للإبطال " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٢٥) .

من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون ، ولما كانت المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام للولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلص إلى صحة عقد البيع المؤرخ ١٧/٩/١٩٦٩ الصادر من المطعون عليه الثانى وهو محجور عليه للغفلة إلى المطعون عليها الأولى استنادا إلى أن الطاعن وهو القيم أجاز التصرف بالإقرار اللاحق المؤرخ ٧/٢/١٩٧٠ الذى قدمه بصفته المسئول القانونى عن الأسرة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى تطبيقا لحكم المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ويتضمن هذا الإقرار أن الملكية الزائدة عن الخمسين فدانا وقدرها ١٤ فدانا و ٢٠ قيراطا و ١٢ سهما تؤول إلى المطعون عليها الأول وهى زوجة المحجور عليه ، كما استند الحكم إلى أن محكمة الأحوال الشخصية أجازت هذا التصرف بأن صرحت للمحجور عليه ببيع هذا القدر إلى المطعون عليها الأولى على أن يباشره عنه القيم ، وكان القيم وعلى ما سلف ذكره قد أجاز هذا التصرف بتقديم الإقرار إلى الهيئة

العامة للإصلاح الزراعى، ولما كان ما استخلصه الحكم من إجازة التصرف الصادر من المحجور عليه على النحو سالف البيان سائغا ويكفى لحمله ويتفق مع ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ من أنه " يتعين على أفراد الأسرة أن يقدموا للهيئة العامة للإصلاح الزراعى خلال السنة شهور المشار إليها إقرارا عن ملكية الأسرة متضمنا البيانات الآتية (ج) بيان ما وصلت إليه ملكية كل منهم فى نطاق المائة فدان المحتفظ بها طبقا للتصرفات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة وبما لا تتجاوز معه ملكية أى فرد منهم الخمسين فدانا " ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان عقد البيع الصادر من المحجور عليه يكون قد التزم صحيح القانون ، أما ما قرره خطأ من أن البيع الصادر من المحجور عليه يعتبر تصرفا نافعا نفعا محضا فهو تزيد لايؤثر فى سلامة قضائه .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٢٦٦- كيفية تسجيل قرار الحجر :

راجع بندى (٢٥٨ ، ٢٥٩) .

مادة (١١٦)

- ١- يكون تصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .
- ٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لصفه ، المأنون له بتسلم أمواله ، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون.

الشرح

٢٦٧- صحة تصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف والوصية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن يكون تصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .

فرغم أن التصرف بالوقف أو بالوصية من الأعمال الضارة ضررا محضا ، وكان الأصل أنه لايجوز للسفيه أو ذى الغفلة إجراء هذه التصرفات ، إلا أن الفقرة المذكورة أجازت له ذلك إذا أذنته المحكمة .

وقد ورد النص على إجازة الوصية أيضا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى جرت على أن : " يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه إذا كان محجورا

عليه لصفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية
جازت وصية بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأسرة الآن) .
وعند التصرف بغير إذن المحكمة فإن التصرف لا يأخذ حكم
التصرفات الضارة ضررا محضا والتي تعتبر باطلة ، وإنما يأخذ
حكم التصرفات للدائرة بين النفع والضرر أى تكون قابلة للإبطال
لمصلحة المحجور عليه^(١).

ويلاحظ هنا الفرق بين السفه أو ذى الغفلة وبين الصبى
المميز، فهذا الأخير لايجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به
ضررا محضا إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ،
وأن يكون قد بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة^(٢).

ولم يعد تصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف متأثرا
اليوم، لأن الأصل فى إياحته له ، وقفه على نفسه فى حياته أولاً ،
وقد ألغى أخيراً - نظام الوقف على غير الخيرات بمقتضى
المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(١) نعمان جمعه ص ٤٦٦ - حسن كيره ص ٥٨٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ هامش (١).

٢٦٨ - أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور لسفه ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " .

فالأصل أن أهلية الإدارة كأهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فإذا أجرى السفه تصرفا مما يدخل في أعمال الإدارة كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلا للإبطال . إلا أن الفقرة سألقة الذكر أجازت له إدارة أمواله المسلمة إليه كلها أو بعضها ، كالحال بالنسبة للصبي البالغ الثامنة عشرة المأذون في الإدارة . وفي هذه الحالة يصح له أن يجرى أعمال الإدارة في الحدود المرسومة للصبي المذكور .

ويستمر السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية في الحدود التي ذكرناها إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه^(١).

(١) والمادة (١١٦) قد حذفت من المشروع النهائي ووضعتها لجنة المراجعة وكان نصها " يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أُنقته المحكمة في ذلك " وقد اقترح إضافة الفقرة الثانية إلى المادة بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقريرها أنه : " اقترح إضافة فقرة ثانية إلى المادة ١١٦ نصها وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله

وبلاحظ أن الفقرة المذكورة وإن أغفلت نرك " ذى الغفلة" إلا أن المادة ٦٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أجازت له نفس الأمر^(١).

وإذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة المحجور عليه فى الحالتين المتقدمتين (أهل الإيصاء والوقف وأهلية الإدارة) ، فيجب ألا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل فى شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . إذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف للصبي المميز بها، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبي مع حالة السفه أو الغفلة .
ولذلك يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف - كالصبي

صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون" توخيا لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بنقص الأهلية فى المشروع- وقد قررت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح وإضافة الفقرة المتقدم ذكرها .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٢٦ ومابعدا) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه :

" يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر للمنون " .

المميز عموماً - فيما يخص له من مال لأغراض نفقته وفي إيراد عقد العمل للفردى ، وأهلية التصرف - كالصبي البالغ السادسة عشرة - فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولكن لا يجوز تسوية السفه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإنزله من المحكمة بمباشرة التجارة كما سنرى^(١).

٢٦٩- هل يجوز الإنزله للمحجور عليه لسفه أو الغفلة بالتجارة؟

لم يرد بالتقنين المدني ولا بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ما يسمح للمحجور عليه لسفه أو غفلة بمباشرة التجارة . وبالتالي فليس للمحكمة أن تأذن له بذلك . ولا يجوز قياس حالته على حالة القاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإنزله من المحكمة بمباشرة التجارة لتنافى حالة السفه والغفلة تنافياً تاماً مع تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر إلى الأمور^(٢).

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ - حسن كيره ص ٥٩٠.

(٢) حسن كيره ص ٥٩٠ - محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١.

مادة (١١٧)

١- إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢- ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

الشرح

المساعدة القضائية:

٢٧٠- المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد :

قد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه ، فلا تمس عقله، ولا تصيب تدبيره ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم للتدبير، ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيرا صحيحا، أو يخشى عليه بسببها من عدم تبين ظروف التصرف الذى يجريه . ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصدده مساعدا يعاونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه ، ويكون

بمثابة المترجم له وعنه ، وذلك وفق شروط منعرض لها فى اليليد
التالى^(١).

٢٧١- شروط المساعدة القضائية:

لكي تنقرر المساعدة القضائية للشخص، يجب أن يتوافر
الشرطان الآتيان:

١- أن يكون الشخص مصاباً بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث
هي: الصم، والبكم، والعمى. فإذا وجدت عاهة واحدة لا يجوز
للمحكمة الحكم بالمساعدة للقضائية . فلا يكفى للحكم بالمساعدة
القضائية أن يكون الشخص أعمى فقط ولو كان مولوداً أعمى أو
كان أعمى منذ طفولته الأولى بل يجب أن يكون أعمى أصم أو
أعمى أبكم . كذلك لا يكفى أن يكون أصم^(٢).

(١) وحال مناقشة المادة (١٠١٧) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قال
عبدع محرم بك تعليقاً على هذه المادة إن نظرية المساعدة القضائية نظريئة
جديدة وهى تقرر للأشخاص ذوى العاهات الجسائية منعاً من وقوعهم فى
خطر التصرفات ، وقد تضمن قانون المحاكم الحسبية أحكام هذه النظرية
وهذه المساعدة ليست نوعاً من أنواع الحجر لنقص فى الأهلية بل هى نوع
من لصاية تمثل العمى والصم والبكم ولايفوتنى أن أقرر أن المساعد
القضائى تحدد مأموريته فى القرار الذى يصدر من المحكمة الحسبية
بإقامته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ١٢٩ ومابعدها) .

(٢) حسام الدين الأهواى ص ١٧١ ومابعدها - محمد عبد الوهاب خفاجى
ص ٢٦٠.

ويلاحظ أن الصمم إذا كان موجودا منذ الولادة فلا بد أن يكون الشخص أبكم لأن النطق يرجع إلى تقليد الإنسان ما يسمعه فإذا لم يكن الإنسان قد سمع البتة منذ ولادته فإنه لا يستطيع أن يقلد أصوات غيره لذلك كان أبكم ومن ثم كان التلازم بين الصمم والبكم^(١).

٢- أن يكون من شأن إصابة الشخص بالعاهتين ، أن يتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته .

والمقصود بذلك أن يكون من شأن هذه الإصابة منع الشخص من الإلمام بعناصر الواقع ومنعه أيضا من التعبير عن إرادته الداخلية مما يترتب عليه وجود فاصل أو فجوة بين الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلن عنها^(٢).

أما إذا لم يترتب على إصابة الشخص بالعاهتين شيء من ذلك ، فلا تفرض المساعدة القضائية . كما لو كان ذو العاهتين قد تلقى تعليما يساعده على التعبير عن إرادته بأى طريقة من طرق التعبير لاسيما أن تقدم العلم قد بلغ الآن فى التعليم المهنى لذوى العاهات درجة كبيرة، يمكن معها استبعاد قرينة أن هؤلاء بسبب ، إصابتهم بالعاهتين ليس عندهم من القوى الإدراكية ما يجعلهم قادرين على

(٣) الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٢٢ .

(١) حسن كيره ص ٥٩٣ - نعمان جمعه ص ٤٦٩ .

القيام على أمر أنفسهم (١).

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهتين أن يتعذر على صاحبهما التعبير عن إرادته من عدمه ، وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض (٢).

٢٧٢ - إضافة حالة العجز الجسمانى الشديد بالمادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :

نصت المادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حالة إصابة الشخصين بعاهتين وتعيين مساعد قضائى له ، وشرطى ذلك للذين تعرضنا لهما فى البند السابق . ثم أضافت حالة أخرى تبرر تعيين المساعد القضائى هى إصابة الشخص بـ "عجز جسمانى شديد " .

إذ نصت المادة المذكورة على أنه :

" إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩) (٣) .

(٢) عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١-١٩٥٢ ص ١٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٩ .

(١) وهى التصرفات التى لايجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة .

ومن ثم فإنه من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أصبح من الجائز تعيين مساعد قضائي لذى العاهتين - بالتفصيل السابق - ولمن أصابه "عجز جسماني شديد" ، أيضا وذلك إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله. وهو بمعنى الشرط الثاني السابق الذي ذكرته المادة ١/١١٧ مدني بالنسبة لذى العاهتين وهو أن يتعذر على الشخص بسبب ذلك التعبير عن إرادته .

ومثل هذا العجز الجسماني الشديد، الشلل النصفي والضعف الشديد ، وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى أو ما إلى ذلك (١).

ويمكن القول أن العجز الجسماني الشديد لا يرقى إلى حد العاهة وإنما هو أقل منها (٢).

ويعزى إضافة هذه الحالة بالمرسوم بقانون سالف الذكر ، إلى أن المساعدة القضائية تفرض لمعاونة أشخاص يملكون سلامة الحكم، ولكن دون أن تتوافر لهم عناصر الإلمام بالوقائع في التصرفات إماما يؤهل لإعمال ملكة الحكم إعمالا صحيحا في شأنها . ولذلك روى أن يضاف العجز الجسماني الشديد حتى تكون

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المستشار محمد عبد الوهاب خفاجي ص ٢٦٣ .

سلطة المحكمة في تقرير المساعدة القضائية مرنة ، تتناول جميع الصور التي لا يطمأن فيها إلى توافر القدرة على إلمام الشخص بعناصر الواقع في تصرف من التصرفات بسبب عاهة أو حالة مرضية على الوجه المبين في النص^(١).

٢٧٢- التصرفات التي تخضع للمساعدة القضائية :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١١٧) من التقنين المدني تترك تعيين التصرفات التي تخضع للمساعدة القضائية للمحكمة . فالفقرة تنص على أن : " جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك " .

أما للمادة (٧١) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد حددت هذه التصرفات بالتصرفات المنصوص عليها في المادة (٣٩)، وهي التصرفات التي لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة. فقد جاء بها أن المساعد القضائي يعاون الشخص " في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ " - وقد عالت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ذلك بقولها :

" ... وقد أثر المشروع أن يعين التصرفات التي يتقرر في شأنها المساعدة بنص واضح ضمانا لاستقرار المعاملات " .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - عبد المنعم البدر لوى ص ١٦٦ وما بعدها .

والتصرفات التي تقررت المساعدة القضائية بشأنها والواردة في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون هي :

أولاً : جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانياً : التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة .

ثالثاً : الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

رابعاً : حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

خامساً : استثمار الأموال وتصفياتها .

سادساً : اقتراض المال وإقراضه .

سابعاً : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فسي الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني .

ثامناً : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

تاسعاً : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

عاشراً : الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

حادى عشر : الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على
للتركة أو على القاصر .

ثانى عشر : رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر
بالقاصر أو ضياع حق له .

ثالثا عشر : التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة
للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون
غير العادية فى الأحكام .

رابع عشر : التنازل عن التأمينات وإضعافها .

خامس عشر : إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو
لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه .

سادس عشر : ما يصرف فى تزويج القاصر .

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم
لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن نص المادة ١/١١٧ مدنى
الذى أطلق التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية ، وجعلها
خاضعة إلى تقدير القاضى ، هو نص عام ، يقيد نص المادة (٧٠)
من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باعتباره نصا خاصا ، ومن
ثم لا يجوز تقرير المساعدة القضائية ، إلا بالنسبة للتصرفات الواردة

بالمادة ٣٩ من المرسوم بالقانون^(١).

بينما ذهب للرأى الغالب فى الفقه إلى أن تحديد هذه التصرفات فى المادة ٧٠ من المرسوم بقانون لا يقصد به إلا إقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو من به عجز فى تقرير المساعدة فيها بحيث يعفى بذلك من إقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثمة ما يمنع فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة فى مباشرتها كذلك^(٢).

ويدل بعض أخصار هذا الرأى على ذلك بأن المادة (٣٩) لم تشر إلى التبرعات . والسبب ، فى هذا أن هذه المادة وردت أصلا بشأن تحديد التصرفات التى يجب فيها على وصى القاصر استئذان المحكمة ، والتبرع محظور على الوصى إطلاقا ، ولا يجوز استئذان المحكمة فيه ، إلا أن يكون لأداء واجب إنسانى أو عائلى (م ٣٨ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ومع ذلك فإن التبرعات لا يجوز

(١) الدكتور اسماعيل غانم النظرية العامة للحق ص ٢١٥ - المستشار مصطفى هرجه ص ٢١٤ .

(٢) حسن كيره ص ٥٩٤ هامش (١) - نعمان جمعه ص ٤٦٨ - عبد المنعم البدر لوى ص ١٦٩ - المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٠ .

أن يفرد بها من تقررت مساعدته قضائيا . فلا بد أن يشترك فيها معه المساعد القضائي ، وهذا الحكم ظاهر ، لأنه لا يعقل أن تتقرر المساعدة في تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، ولا تبسط على التصرفات الضارة ضررا محضا ، إذ هي تدخل أيضا في مضمون التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة ١١٧ منى^(١).

٢٧٤- تعيين المساعد القضائي :

يعين المساعد القضائي بناء على طلب من الشخص نفسه أو من كل ذى مصلحة ، ويعتبر من ذوى المصلحة من يرغب إبرام تصرف مع الشخص .

ويقدم الطلب إلى نيابة شئون الأسرة الجزئية^(٢) أو إلى المحكمة إلا إذا رأت نيابة شئون الأسرة الكلية اختصاصها بذلك .

وتقوم المحكمة بفحص هذا الطلب وتقدر مدى حاجة الشخص للمعاونة . فإن اقتضت المحكمة بذلك قررت تعيين مساعد قضائي

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ١٦٩ وما بعدها - المستشار محمد كمال حمدي ص ٢٧٠.

(٢) الكتاب الدورى الصادر من مكتب النائب العام المساعد مدير التفتيش القضائي رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اختصاصات نيابة شئون الأسرة - منشور بتعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص ٢٣ .

لهذا الشخص .

ولا تنتهى المساعدة القضائية إلا بقرار من المحكمة برفعها .
وإذا قررت المحكمة تعيين مساعد قضائى دون أن تبين فى
قرارها التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى فإنها بذلك تكون
قد أطلقت للمساعد القضائى كافة التصرفات التى يجوز له مباشرتها
طبقا للقانون . أما إذا حددت التصرفات التى يباشرها المساعد
القضائى فإنه لا يجوز له أن يباشر غيرها من التصرفات .

٢٧٥- مهمة المساعد القضائى :

بينت المادة (٧١) مهمة المساعد القضائى فقضت بأن يشترك مع
من تقررت له المساعدة فى التصرفات المنصوص عليها بالمادة^(١) .
فليس المساعد القضائى بمثابة نائب قضائى ينفرد بالتصرف قائما
فيه مقام الأصل ، وإنما هو معاون يشترك معه فيه .
ولذلك ينظر فى مجال التحقق من سلامة الإرادة إلى شخص
الأصل لا شخص المساعد القضائى^(٢) .

وقد يرى المساعد القضائى أن الصفقة فى غير مصلحة من
تقررت له المساعدة فيمتنع عن الاشتراك فى التصرف . ولذلك
واجهت الفقرة الثانية من المادة (٧١) هذه الحالة ونصت على أنه :

(١) راجع بند (٢٧٠) .

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٤ .

"وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر إلى المحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أننت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى إبرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها^(١). نظره فى الامتناع عمل بقراره ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للإبطال .

وبدبى أن المحكمة إذا أقرت المساعد على وجهة نظره فى الامتناع عمل بقراره ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للإبطال^(٢).

٢٧٦- امتناع المقرر له المساعدة عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر :

قد يوجد من الحالات ما قد يحجم فيه من تقررت له المساعدة عن القيام بتصرف معين ، ويرى المساعد القضائى أن هذا الإحجام خطر على مال من تقررت له المساعدة . كما لو تعلق الأمر بطلب تصفية أموال درءا لخطر هبوط أسعارها أو برفع دعوى يترتب على التراضى فى رفعها سقوط حق وما شابه ذلك^(٣). وقد واجهت

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٢ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ذلك الفقرة الثالثة من المادة (٧١) ونصت على أنه : " وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف".

ولاجدال أنه فى خصوصية هذه الحالة يكون المساعد القضائى نائبا قضائيا عن الشخص الذى تقررت له المساعدة^(١).

٢٧٧ - اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد (١٠٨ ، ٢٨٢ ، ٤٧٩) مدنى :

رؤى أن يعامل المساعد القضائى بمقتضى نص خاص معاملة الوصى ، لوجود أوجه الشبه بين مهمتهما من حيث الواقع ، رغم اختلافهما من حيث التكليف القانونى .

فتنص المادة (٧٢) على أن : " يسرى على المساعد القضائى حكم المادة (٥٠) من هذا القانون " .

والمادة الأخيرة تنص على أن : " على الوصى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاه الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهده بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب

فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال " .
وتنص المادة ٧٣ على أن : " يعتبر المساعد القضائى فى حكم
النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ ، ٢٨٢ ، ٤٧٩ من القانون
المدنى " .

والمادة ١٠٨ - كما رأينا - هى الخاصة بمنع تعاقد الشخص مع
نفسه باسم من ينوب عنه ، والمادتين ٣٨٢ ، ٤٧٩ خاصتان بعدم
سريان التقادم بين الأصل والنائب فيما يكون النائب مدينا به
للأصل أو العكس . فالمساعد القضائى وإن لم يكن نائبا عن
تقررت مساعدته قضائيا ، إلا أن الاعتبارات التى تبرر هذا المنع
تتوافر هنا بقدر توافرها بالنسبة إلى النائبين عن عديمى الأهلية
بوجه عام^(١) .

٢٧٨ - حكم تصرف من تقررت له المساعدة القضائية بغير معاونة المساعد:

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٧) على أنه : " ويكون قابلا
للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية
فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير
معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - عبد المنعم
البدراوى ص ١٧١ .

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى بيان حكم التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة دون اشتراك المساعد القضائى بين حالتين:

٢٧٩ - الحالة الأولى : التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى :

التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى أو قبل تسجيل طلب تعيينه - فى ظل أحكام الكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، أو بعد قيد طلب تعيين المساعد للقضائى فى السجل الخاص بذلك فى النيابة فى ظل العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والقرار الوزارى رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠^(١) تظل صحيحة فى حدود القواعد العامة . والسبب فى ذلك أن ذا الماهيتين أو العجز الجسمانى الشديد لايعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويتم التسجيل أو القيد على النحو الذى أشرنا إليه .

أما إذا ثبت أن للشخص المذكور قد وقع مثلاً فى غلط ، فإن القواعد العامة تطبق فى هذه الحالة ويحوز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة .

(١) راجع بند (٢٥٩) .

٢٨٠. الحالة الثانية : التصرفات التي يجريها من تقرر له المساعدة بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي :

التصرفات التي يجريها من تقرر له المساعدة ، بعد تسجيل قرار المساعدة أو طلب المساعدة ، أو قيد طلب المساعدة فى السجل الخاص بذلك بالنيابة حسب الأحوال ، تقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعامل معه ، لأن الشخص الذى تقرر مساعدته يكون قد انقلب ناقص الأهلية ، ولكن نقص أهليته يكون عندئذ قانونيا لا طبيعيا .

والتصرف وإن كان قابلا للإبطال لمصلحة من تقرر له المساعدة ، فإنه يكون للمساعد القضائي إما المطالبة بالإبطال أو إجازة التصرف ، كما أن لمن تقرر مساعدته حق المطالبة بالإبطال بعد انتهاء المساعدة للقضائية المفروضة عليه^(١).

ولما كان البطلان مقررًا لمصلحة من تقرر له المساعدة، ومن ثم يكون نسبيا ، ولا يخضع فى تقادمه للمادة ١٤٠ من التقنين المدنى لانحصارها فى نقص الأهلية والغلط والتكليس والإكراه ، وبالتالي يخضع للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من ذات القانون ، فتسقط دعوى الإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٩١ وما بعدها - عبد المنعم البدر لوى ص ١٧١ وما بعدها - للمستشار محمد كمال حمدي ص ٣٧٢ .

أما إذا كان التصرف صادرا قبل تسجيل قرار المساعدة بالتفصيل السابق - وتوافر البطلان لغلط أو تدليس أو إكراه ، سقطت دعوى البطلان بمضى ثلاث سنوات من الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، وإلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد عملا بالمادة ١٤٠ من التقنين المدنى^(١).

٢٨١- كيفية التسجيل :

راجع بندى (٢٥٨، ٢٥٩) .

٢٨٢- أحكام المساعد القضائى وعزله :

يسرى بالنسبة لتعيين المساعد القضائى وعزله ، الأحكام المتبعة بالنسبة لتعيين القيم وعزله وأحكام القوامه الأخرى . كما تسرى عليه أحكام الجزاءات المنصوص عليها فى المواد ٨٤ وما بعدها من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٩٩ .

مادة (١١٨)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون .

الشرح

٢٨٢- تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام :

تنص المادة على أن التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون .

والقانون الذي تحيل إليه المادة هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

ولما كانت الدراسة التفصيلية لهذا المرسوم بقانون مجالها مؤلفات قانون الأحوال الشخصية للولاية على المال . فإننا هنا نكتفي بنشر المرسوم بقانون المذكور في نهاية شرح المادة ، كما نورد فيما يلي قضاء محكمة النقض الصادر في تصرفات الأولياء والأوصياء والقامة .

٢٨٤- قضاء محكمة النقض في التصرفات الصادرة من الأولياء :

١- " إن اتجار الأب بصفته وليا على ابنه ليس بذاته في حكم القانون موجبا لمسئولية الأب في جميع ماله ولا لإشهار إفلاسه هو

شخصيا متى كانت صفة الولاية على ابنه معروفة للمتعاملين بإشهار عقد الشركة . ولكنه يكون موجبا لذلك إذا ثبت أن الولي كان مستترا تحت صفة الولاية عاملا لحساب نفسه . ومن ثم يكون متعينا على المحكمة إذا ما هي قضت بإفلاس الأب أن تبين العناصر الواقعية التي تصلح أساسا لقضائها بذلك وإلا كان حكمها باطلا " .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/٤)

٢- " نيابة الولي عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليها بسببها" .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٣- " إذا كان الواقع في الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الأركان القانونية لعقد للبيع المنجز من بيع وثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قسرا وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ،

فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط للصحة " .

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٤/٣/١٩٧٩)

٤- تصرف الأب بالبيع المنجز في عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفا صحيحا نافذا سواء كان في حقيقته بيعا أو هبة مستترة في صورة عقد بيع ، وتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورة التمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعيا على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال " .

(طعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩/٥/١٩٨٠)

٥- " المرسوم بقانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال في الفصل الأول منه الخاص بالولاية خص الأب وحده دون الجد بالاستثناء المنصوص عليه في المادة ١٣ منه والتي تنص على أنه لا تسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال ، ولو أراد المشرع مد هذا الحكم على الجد لنص على ذلك صراحة كما نص

عليه للأب ولما خص الجد بما نص عليه في المادة ١٥ منه على أنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها فجاء نصه في ذلك صريحا وواضحا وشاملا مال القاصر كله دون استثناء مما لا محل معه لقياس حالة الجد على حالة الأب ولا موجب للرجوع إلى أحكام تناقض أحكام القانون وتتعارض معها .

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢)

٦- "يدل النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه".

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

٧- (أ) - " للنص في المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه " لايجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولايجوز للمحكمة أن

ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه عيب يزيد على خمس القيمة ، يدل على أنه يجوز للولى إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر .

(ب) - " يجب على المحكمة الاستئنافية أن تبين مقدار التعويض النهائى وما قبضه الولى الطبيعى ، ومقدار الباقي منه ليتبين لها إن كان للولى الطبيعى التنازل عنه دون إذن المحكمة المختصة من عدمه " .

(ج) - " لما كان الحكم المطعون فيه قد قدر التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق القصر بمبلغ خمسمائة جنيه لكل منهم وهو ذات ما قضى به الحكم الابتدائى لهم ، ومن ثم فإن التخالص والتنازل المؤرخ ١٩٨٩/٦/٢٧ لم يتضمن تنازل المطعون ضده الأول بصفته ولما على القصر عن شيء من حقهم فى التعويض المستحق بل اقتصر - فى حقيقته - على قبض المستحق لهم فيه فلا يتطلب الحصول على إذن المحكمة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واطرح ذلك الإيصال ولم يقض فى موضوع الاستئناف وفقا لما تضمنه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى

تطبيقه .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٢/٣/١٩٩٦)

٨- (أ) - " إن النص في المادة ١/٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن " لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر أو في محله التجاري، أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة " والنص في المادة ١٣ منه على أن " لا تسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه ، صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال - يدل على أن المشرع استهدف حماية مال الصغير ووضع قيود على سلطة الولى الأب في التصرف في هذا المال ومن بينها وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية قبل التصرف فيما تزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه منه ، وإلا كان تصرفه غير نافذ في حق الصغير ، ولم يستثن المشرع من ذلك إلا ما يكون الأب قد تبرع به من مال لصغيره حيث يكون له التصرف فيه بجميع التصرفات القانونية دون قيد على سلطته في هذا الخصوص".

(ب) - " لما كان ما يقر به الأب من أنه تبرع بالمال المتصرف فيه للقاصر المشمول بولايته هو دليل لصالحه من شأنه أن يطلق

يده في التصرف في ذلك المال ، فإن للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ولوصى الخصومة عنه قبل بلوغ هذه السن أن يثبت بطرق الإثبات كافة عدم صحة هذا البيان ، ولو كان قد أدرج في عقد مسجل ، وذلك لأنه إدارجه في العقد يتم بناء على ما يدلى به الأب ، وليس نتيجة تحريات تجريها جهات الشهر .

(ج)- " المقرر أنه إذا أقر الولي الشرعي في العقد بأن والده القصر المشمولين بولايته هي التي تبرعت لهم بثمن البيع ، فهذا دليل لصالح القصر في إثبات هذه الواقعة القانونية لايجوز للأب مع قيامه العدول عن إقراره أو التصل منه أو الرجوع فيه بمحض إرادته ، ولكن يجوز له أن يثبت أن إقراره شابه خطأ مادي بحيث لدى التعبير عن إرادته - فيطلب تصحيح هذا الخطأ - أو أن هذه الإرادة داخلها عيب من عيوب الإرادة في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة في الإثبات باعتبار أن الإقرار تصرف قانوني من جانب واحد يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية - فيكون ذلك إظهارا لإقرار ثبت بطلانه - ومن ثم يجوز له التصل منه " .

(طعن رقم ٣١٠١ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٥ - لم ينشر بعد)

٢٨٥- قضاء محكمة النقض في التصرفات الصادرة من الأوصياء:

١- (أ) - " للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية . أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشروط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصة الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " .

(ب) - " تسمى القاعدة السابقة على الوصى بالخصومة إذا أطلق قرار تنصيبه ولم يحدد له مرحلة معينة للنقاضى " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥)

٢ - " إن الوصى فى قيامه على إدارة أموال القاصر مطالب بأن يرفع هذه الأموال وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور فى إدارة أموال موكله وفقاً لما تقتضى به المادة ٣٦ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على الغير . أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ المشار إليه من وجوب استئذان محكمة الأموال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى ضد الغير فلئما قصد به رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ٤١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٨/٥/١٩٦٧)

٣- " الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية ، تحل بها إرادة الوصى محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني ، إلى ذلك الأخير ، ولئن كانت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد تضمنت بياناً بالتصرفات التي لايجوز أن يباشرها الوصى إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية، ومن بينها التحكيم الذي أنزلته الفقرة الثالثة منها منزلة أعمال التصرف اعتباراً بأنه ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين ، إلا أن استصدار هذا الإذن في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك ليس بشرط للتعاقد أو التصرف ، وإنما قصد به - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلى رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ارتأى الشارع لخطورتها ألا يستقل الوصى بالرأى فيها، فنصب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقيباً عليه

في صندها . وهو بهذه المثابة يعد إجراء شرع لمصلحة القصر دون غيرهم . وإذ كان الأمر في الدعوى الماثلة أن مشاركة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونياية عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره ، فإنه لا يكون للطاعن الحق في التمسك ببطلان حكم المحكمين ويكون ذلك الحق مقصورا على المحكمين من ناقصي الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم ، وذلك بعد بلوغهم سن الرشد).

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٢/١٦)

٤- " ما ورد في الفقرتين ١٢، ١٣ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا ما أريد رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية إما قصد به - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم ومن ثم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

٥- " لما كان النص في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ بأحكام الولاية على المال . قد حظر على الموصي

مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن من المحكمة من بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبغي على ذلك أن الوصي إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالي - في إيرامه لهذا التصرف - صفة النيابة فلا تتصرف آثاره إلى القاصر .

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٣/٥/١٩٨٢)

٦- "لما كان مفاد نص المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع حظر على الوصي مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ومن بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبغي على ذلك أن الوصي إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته القانونية عن القاصر ، ويكون هذا التصرف باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر لتعلقه في هذه الحالة بأهلية ناقصة أوجب القانون إذن المحكمة لتكتملها فإذا صدر الإذن اكتملت للعقد شروط صحته وارتد الإذن إلى تاريخ إبرام العقد، فإذا

تضمن الإذن شروطاً معينة ونفذ بعضها دون البعض فليس مؤدى ذلك تعليق نفاذ العقد طالما أن ما لم ينفذ من الشروط كان الغرض منها حفظ حق القاصر قبل المشتري والوصى ولم يكن الغرض منها البيع على شرط واقف " .

(طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٥٢ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٦/١٢/١٠)

٧- " مفاد نص المادة ١/٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال والمادة ٩٧٠ من قانون المرافعات أنه إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة تنتهى مهمة الوصى وتتقضى ولاية المحكمة التى تتولى رعاية شئونه اعتباراً بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعدم الموجب زالت الولاية ، وكان النص فى المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أن " إذا كان النائب ومن تعاقده معه مجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو للتراما يضاف إلى الأصل أو خلفائه" مفاده أن يتوافر لدى طرفى التعاقد الجهل بانقضاء الولاية وقت العقد ولئن كان التحقق من ذلك يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بغير رقابة محكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون بيانها سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهت إليها، ونياية الموصى عن القاصر هى نيابة موقوفة بأجل حدده القانون بحيث يكون معلوما للوصى والمحكمة التى ترعى شئون القاصر والجهل

الذى يعتد به هو الذى يقوم على مبرر قوامه عدم إمكان العلم بانتهاء الولاية وهو أمر يتجافى مع قيام الوصى والمحكمة برعاية شئون القاصر، فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على توافر جهل الوصية بانتهاء ولايتها بمجرد القول بأنها والدلة لهم ولأنها لو كانت تعلم بانتهاء الولاية لما تقدمت بطلب الإنزى إلى المحكمة المختصة ببيع نصيب القاصر يكون الحكم قد عابه الفساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ١١٨٥ لسنة ٥٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

٨- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادتين ٤٧، ١٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه متى بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون أن يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه أصبح رشيدا وثبت له الأهلية كاملة بحكم القانون وأن المناط فى اعتبار الوصى نائباً اتفاقياً هو أن يكون القاصر قد مثل فى الدعوى تمثيلاً صحيحاً وقت رفعها ابتداء فى شخص الوصى عليه ثم بلوغه سن الرشيد بعد ذلك أثناء سير الدعوى واستمرار مباشرة الوصى لها دون تنبيه ببلوغ القاصر سن الرشيد .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢)

٩- (أ) - " نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن

ببإشرافها - وفقا لما نقضى به للمادة ١١٨ من القانون المدني- فى الحدود التى رسمها القانون ، ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التعبئية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تتصرف آثاره إلى القاصر ، ويكون له بعد بلوغه سن الرشد التمسك ببطلانه " .

(ب)- " لئن كان قانون المرافعات لا يوجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ولا يرتب البطلان جزاء عدم اتباعه كما وأن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لم يشر إلى اتباع إجراء بيع عقار القاصر بالمزايدة الوارد فى المواد من ٤٥٩ وحتى ٤٦٣ من قانون المرافعات ، إلا أنه متى اشترطت محكمة الولاية على المال عند الإذن ببيع مال القاصر أن يتم عن طريق المزايدة تعين اتباعه وفقا لتلك الإجراءات ، وإلا عد التصرف الذى باشره الوصى على خلافه متجاوزا حدود نيابته فلا ينصرف

أثره إلى القاصر " .

(طعن رقم ١١٦٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٤)

١٠- "لايجوز للوصى - طبقا لنص المادة ١٣/٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - مباشرة التصرفات التي من شأنها التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام، ويترتب على هذا الحظر بطلان التصرفات المذكورة بطلانا نسبيا مقرر المصلحة القاصر فيمتنع الاحتجاج بها عليه أو نفاذها في حقه ولو تجردت من أى ضرر أو غبن للقاصر " .

(طعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/١/٥)

١١- (أ) - " مفاد النص في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه لايجوز للوصى إلا بإذن المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المباني وكذا لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر من الرشد لأكثر من سنة " .

(ب) - " لما كان الثابت من الأوراق أن الوصية على المطعون ضدها قد أجرت الأرض محل النزاع إلى الطاعن بموجب العقد المؤرخ ١٩٦٣/١٢/١ لمدة سنة واحدة تنتهى فى ديسمبر سنة

١٩٦٤ وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى بما لازمه أن هذا العقد قد نشأ صحيحا ومنتجا لأثاره خلال هذه المدة طبقا للقواعد العامة التى تحكم شروط انعقاد عقد الإيجار . وإذ ورد هذا العقد على أرض زراعية تخضع لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فإنه يمتد طبقا للمادة ٣٣ مكرر (ز) منه إلى أجل غير مسمى بعد انقضاء المدة المتفق عليها فيه لأن امتداد العقد فى هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ولكن مصدره قانون الإصلاح الزراعى المتعلقة أحكامه بالنظام العام فلا يملك القاصر أن يطلب عدم نفاذ هذا العقد بعد انتهاء مدته الاتفاقية أو بطلانه بعد مرور سنة من بلوغه سن الرشد. ولا تملك المحكمة إبطاله من تلقاء نفسها".

(طعن رقم ٣٣٤٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٨)

٢٨٦ - قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات القوام :

" المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع

التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة " .

· (طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٣) (١) .

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادة ١٠٢٥ من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ، على ما يبين من عبارته ومن المذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المثار قصد الحد من جواز الطعن بالنقض في مسائل الولاية على المال فلا يتناول إلا القرارات التي تصدر في المسائل الواردة بذاتها في هذه المادة دون المسائل الأخرى ، ولما كانت مواد الحجر المشار إليها في ذلك النص إنما تقتصر على المسائل للصيقة بالحجر في حد ذاته من قبيل القرارات الصادرة بتوقيع الحجر أو رفعه وكذلك القرارات الخاصة بتعيين القيم أو عزله ، لما كان ذلك وكانت القرارات الصادرة من المحكمة بالإذن للقيم على المحجور عليه بمباشرة التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله طبقاً للمادتين ٧٨ ، ٣٩/١ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال لانتعلق بالحجر في صحيحه وبعارض الأهلية في جوهره وإنما تتعلق بواجبات القيم في إدارة أموال المحجور عليه ، يؤيد هذا للنظر أن المادة ٧٨ المشار إليها قصدت أن تطبق على القواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم . لما كان ما تقدم وكان للقرار المطعون فيه قد صدر في مادة التصريح للقيم بالتصرف في عقار

مملوك للمحجور عليه ، وكانت هذه المادة ليست من المسائل الواردة فى المادة ١٠٢٥ آنفة الذكر فإن الطعن عليه بطريق النقض يكون غير جائز .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٦ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١١/٢)

ويراعى أن المادة ١٤ من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة نصت على إلغاء طريق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية (ولاية على النفس وولاية على المال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات إذ جرت على أن : مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض " . والمادة (٢٥٠) المشار إليها هى التى تخول النائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية

لأيا كانت المحكمة التى أصدرتها . فهى تجرى على أن :

"لنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التى أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيق أو فى تأويله وذلك فى الأحوال الآتية:

(١) الأحكام التى لايجز القانون للخصوم الطعن فيها .

(٢) الأحكام التى فوت للخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن .

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . وتنتظر الحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوى للخصوم . ولايفيد الخصوم من هذا الطعن " .

مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال^(١)

مجلس الوزراء

بعد الإطلاع على المادتين ٤١، ٥٥ من الدستور ، وعلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون المحاكم الحسبية ، وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وبناء على ما عرضه وزير العدل ،

رسم بماءات

مادة ١- يعمل في مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون فيما عدا أحكام المادة ١٦ بالنسبة للأموال التي الت للقاصر قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٢- يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون .

مادة ٣- على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

(١) صدر بيبوان الرئاسة في ٨ ذي القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يولية لسنة ١٩٥٢) .

الباب الأول فى القصر الفصل الأول فى الولاية

مادة ١- للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتحصى عنها إلا بإذن المحكمة .

مادة ٢- لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو .

مادة ٣- لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك .

مادة ٤- يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون .

مادة ٥- لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وإذن المحكمة .

مادة ٦- لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه .

مادة ٧- لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل

التجارى أو الأوراق المالية إذا زالت قيمتها على ثلثمائة جنيهه إلا
بإذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإنذن إلا إذا كان
التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غش
يزيد على خمس القيمة .

مادة ٨- إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف ولية
فى المال المورث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن
المحكمة وتحت إشرافها .

مادة ٩- لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا
بإذن المحكمة .

مادة ١٠- لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر
لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه من الرشد بسنة .

مادة ١١- لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا
بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإنذن .

مادة ١٢- لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة
بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة .

مادة ١٣- لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون
على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً
كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

مادة ١٤- للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم للقاصر سواء أكان

ذلك لحسابه هو. أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

مادة ١٥- لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

مادة ١٦- على الولي أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أبلولة هذا المال إلى الصغير .

ويحوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر .

مادة ١٧- للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته .

مادة ١٨- تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه .

مادة ١٩- إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر .

مادة ٢٠- إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها.

مادة ٢١- تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو

اعتقل تنفيذ لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة .

مادة ٢٢- يترتب على الحكم بسلب للولاية على نفس الصغير

أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال .

مادة ٢٣- إذا سلبت للولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا

بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى

سلبها أو الحد منها أو وقفها .

ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد

انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض .

مادة ٢٤- لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل

مستولية الوصي .

مادة ٢٥- على الولي أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند

بلوغه. ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة

وقت التصرف .

ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر . ومع

ذلك يحاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم

أو القيام بحرفة أو مهنة .

مادة ٢٦- تسرى على الجد الأحكام المقررة في هذا القانون في

شأن الحساب .

الفصل الثاني فى الوصايا أولاً - فى تعيين الأوصياء

مادة ٢٧- يجب أن يكون الوصى عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة، ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً :

١- المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلّة بالأدب أو الماسه بالشرف أو اللزاهة ومع ذلك إذا لقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش .

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصايا على قاصر آخر .

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدقاً على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه .

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عدائه إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر ويجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

مادة ٢٨- يجوز للأب أن يقيم وصية مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ .

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفة مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما .
وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

مادة ٢٩- إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

مادة ٣٠- يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو للمستعجلة

أو للمتمخضة لنفع القاصر .

وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

مادة ٣١- تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته ، وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ) - إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع من يملكه الوصى^(١).

(ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال .

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

(و) إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

مادة ٣٢- تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم

(١) وصحة صياغة هذه الفقرة "إذا تعارضت مصلحة التاجر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يملكه الوصى".

يكن للقاصر ولى آخر . وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته .

مادة ٣٣- يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال .

مادة ٣٤- تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم .

مادة ٣٥- تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه .

ثانياً : فى واجبات الأوصياء

مادة ٣٦- يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدنى .

مادة ٣٧- للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر .

مادة ٣٨- لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

مادة ٣٩- لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن

من المحكمة .

أولاً : جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ثانياً : التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة .

ثالثاً : الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

رابعاً : حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

خامساً : استثمار الأموال وتصفياتها .

سادساً : اقتراض المال وإقرضه .

سابعاً : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في

الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني .

ثامناً : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد

لأكثر من سنة .

تاسعاً : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

عاشراً : الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا

كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

حادى عشر : الوفاء الاختيارى بالالتزامات التي تكون على

التركة أو على القاصر .

ثاني عشر : رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

ثالث عشر : التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام .

رابع عشر : التنازل عن التأمينات وإضعافها .

خامس عشر : إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه .

سادس عشر : ما يصرف في تزويج القاصر .

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق لئلازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

مادة ٤٠- على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها

محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص.

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .
ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١- إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً .

مادة ٤٢- يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣- على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقرره المحكمة إجمالياً لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.
مادة ٤٤- على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها .

وليس له أن يسحب شيئاً منها بغير إذن المحكمة .
مادة ٤٥- على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .
وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته .

مادة ٤٦- تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ثالثاً : فى انتهاء الوصاية

مادة ٤٧- تنتهى مهمة الوصى :

١- ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢- بعودة الولاية للولى .

٣- بعزله أو قبول استقالته .

٤- بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

مادة ٤٨- إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه .

مادة ٤٩- يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه .

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر .

مادة ٥٠- على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهااء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهنته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال .

مادة ٥١- إذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائباً التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسلم أموال القاصر وتقديم الحساب .

مادة ٥٢- يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان في وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه في المادة ٤٥ .

مادة ٥٣- (١) كل دعوى للقاصر على وصية أو للمحجور عليه على قيمة تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو للمحجور عليه .

(٢) ومع ذلك فإن انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو الاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة .

مادة ٥٤- للولى أن يأذن القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

مادة ٥٥- يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض .

مادة ٥٦- للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يوجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك.

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً .

مادة ٥٧- لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إنشأً مطلقاً أو مقيداً .

مادة ٥٨- على المأذون له في الإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصي وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها .

مادة ٥٩- إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء للتصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو

تسلب القاصر إياه بعد سماع لقواله .

مادة ٦٠- إذا أُنْتُخِبَ المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إنداءً له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإنذار أو في قرار لاحق .

مادة ٦١- للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط .

مادة ٦٢- للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

مادة ٦٣- يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته .

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية.

مادة ٦٤- يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أُذِنَ له فيه وفي التقاضي فيه .

الباب الثانى

فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة

الفصل الأول - فى الحجر

مادة ٦٥- يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو الغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقييم المحكمة على من يحجر عليه فيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون .

مادة ٦٦- النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ما عداها.

مادة ٦٧- يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون .

مادة ٦٨- تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

مادة ٦٩- يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ١ ، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الأب أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك .

الفصل الثانى

فى المساعدة القضائية

مادة ٧٠- إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ .

وبجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من إنفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد.

مادة ٧١- يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة .

وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها .

وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف .

مادة ٧٢- يسرى على المساعد القضائى حكم المادة ٥٠ من

هذا القانون .

مادة ٧٣- يعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد ١٠٨، ٣٨٢، ٤٧٩ من القانون المدني .

الفصل الثالث

في الغيبة

مادة ٧٤- تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

أولاً: إذا كان مفقوداً لاتعرف حياته أو مماته .

ثانياً: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية^(١) واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في إدارتها.

مادة ٧٥- إذا ترك الغائب وكيلاً علماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره .

مادة ٧٦- تنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً .

(١) خارج جمهورية مصر العربية الآن.

الباب الثالث

أحكام عامة

الفصل الأول

أحكام مشتركة فى الوصاية والقوامة والفيبة

مادة ٧٧- تحسب المدة المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى .

مادة ٧٨- يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين والأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القوامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء .

مادة ٧٩- يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة للقاصر من أحكام .

الفصل الثانى

فى المشرف

مادة ٨٠- يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختاراً وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب .

مادة ٨١- يراقب المشرف للنائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما .

وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من

بضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات خاصة بهذه الأموال .

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى لمحكمة إقامة النائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر .

مادة ٨٢ — يسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال .

مادة ٨٣ — تقرر المحكمة لنتهاء الإشراف إذا رأت زوال دأعيه .

الفصل الثالث

فى الجزاءات

مادة ٨٤ — إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو وقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات .

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها .

ويجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة .

مادة ٨٥- إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها فلا حق له إلا في استرداد ما حصل من التنفيذ .

أما إذا رسا المزداد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذي رسا به المزداد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات .

مادة ٨٦- إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك وعلى كل حال يسأل مسئولية الوكيل بأجر .

مادة ٨٧- تسرى أحكام المواد السابقة على القسيم والمساعد القضائي والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والرصى المؤقت.

مادة ٨٨- يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ويغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد .

مادة (١١٩)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته .

الشرح

٢٨٧ - حق ناقص الأهلية في إبطال العقد :

ناقص الأهلية ، يشمل الصبي الذى بلغ السابعة ولم يبلغ سن الرشد ، والسفيه وذا الغفلة فإذا أبرم أحد هؤلاء تصرفا بنفسه ، فإن التصرف يكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ويجوز له طلب إبطال العقد .

٢٨٨ - لا يشترط لإبطال العقد حصول غبن لناقص الأهلية :

مجرد نقص الأهلية كاف لإبطال العقد ولو لم يلحق بالقاصر ثمة غبن . أو ثمة ضرر آخر (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " نص المادة ١٣١ من القانون المدنى - القديم - صريح فى أن " مجرد عدم الأهلية موجب لإبطال المشاركة ولو لم يكن فيها ضرر " فمجرد قصر البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ١٤٨ .

تجرد التصرف من أي غبن ومهما كان شأن إفادة البائع مما قبض من ثمن ، إذ لكل من الحالين حكم خاص لا يمس دعوى الإبطال ولا يؤثر عليها " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- " ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف للدائر بين النفع والضرر من أي غبن مهما كان مقدار. إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو تجهلها " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

٢٨٩- لا ينال من طلب الإبطال تظاهر القاصر بكمال أهليته :

لا ينال من حق ناقص الأهلية في طلب إبطال العقد أن يكون قد تظاهر بكمال أهليته وكذب على المتعاقد معه بأن قرر له أنه كامل الأهلية. إذ من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جمل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجوز للقاصر أن يتمسك ببطلان التعاقد الذى يكون طرفا فيه،

ولو صرح أنه قد بلغ سن الرشد . فليس يحول مجرد التصريح بذلك دون مباشرة دعوى البطلان ، مادام لم يقترن بطرق احتيالية . إذ أن من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقد معه عليها ودفع له جزءا من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية في حين أنه كان محجورا عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري بأنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصا ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك مادامت الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية عقلا إليه " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٣٣ .

٢٩٠ - استعمال ناقص الأهلية طرقا احتيائية :

لا ينال أيضا من حق القاصر فى إبطال العقد أن يكون قد استعمل طرقا احتيائية لإيهام المتعاقد معه أنه كامل الأهلية ، كأن يكون قد وضع شاربا مستعارا ليفهمه أنه أكثر سنا عما هو عليه ، أو يكون قد قدم له شهادة ميلاد مزورة . فإن ذلك وإن كان يعتبر غشا أو تدليسا ينهض بمسئولية ناقص الأهلية التصديرية التى يكفى لتحققها بلوغ سن التمييز أو اعتبار ناقص الأهلية مميزا كالسفيه وذى الغفلة ، وترتب للمتعاقد معه الحق فى التعويض عما أصابه من ضرر من جراء ذلك . إلا أنه لا يصح فى هذه الحالة أن يكون التعويض العينى المتمثل فى عدم إبطال العقد هو التعويض الذى يجوز القضاء به بدلا من التعويض النقدى ، لصراحة نص المادة ١١٩ التى توجب القضاء بالبطلان حتما فيحل العقد ، فإذا كان هناك تدليس من ناقص الأهلية ، كان للمتعاقد معه طلب تعويض نقدى^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا اقترن التصريح ببلوغ سن الرشد بطرق احتيائية فيكون

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٤ - عبد الحى حجازى نظرية الحق من

١١١ وما بعدها .

القاصر المميز ، قد ارتكب عملاً غير مشروع يرتب مسؤوليته قبل
العقد الآخر متى كان حسن النية . وقد كان في الوسع أن يفكر في
استبقاء دعوى البطلان لمصلحة القاصر، في هذه الحالة أيضاً ، مع
إلزامه التعويض (أنظر في هذا المعنى المادة ٨٦٦ من التقنين
التمادي والمادة ٥٤ من التقنين البولوني) . بين أن أوقع الجزاءات
وأعدلها في هذا الشأن ما يقوم على حرمان القاصر من هذه
الدعوى وإيقاء العقد على حكم الصحة (أنظر في هذا المعنى المادة
٢٢٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٠٥ من التقنين
الإيطالي، والمادة ٢٢٩ من التقنين البرتغالي ، والمادة ١٢٠٠ من
التقنين الأرجنتيني والمادة ٨٣ من التقنين الصيني - وعكس ذلك
المادة ١٠ من التقنين التونسي) وفي هذا تطبيق خاص لنظرية
الخطأ عند تكوين العقد " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت المادة ١١٩ من القانون المدني قد نصت على أنه "
يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال
بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته " .
وكان مفاد هذه المادة أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٣٤ .

احتياطية لإخفاء نقص أهليته فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسؤولاً عن التعويض للتعش الذي صدر منه عملاً بقواعد المسؤولية التقصيرية ، ولا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها بل يجب أن يستعين بطرق احتياطية لتأكيد كمال أهليته - ولما كان الثابت في الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه استعان بطرق احتياطية لإخفاء نقص أهليته بأن استعمل في تعامله مع الغير أوراقاً مطبوعة تحمل اسمه مقترناً برقم ٩٤٢٣٨ للسجل التجارى باعتباره شريكاً مع محسن عمر زوج شقيقته فى محل تجارى باسم معرض عام للأدوات المنزلية بشارع مظلوم بالقاهرة وأن العقد المؤرخ ١٩٥٩/١١/١٦ موضوع الدعوى الذى أبرم بين الطاعن وبين المدين محسن عمر ووقع عليه المطعون عليه بصفته ضامناً متضامناً للمدين قد حرر على ورقة من هذه المضبوطات ، كما تمسك الطاعن بأنه يستند فى دعواه بمطالبة المطعون عليه بالتعويض إلى أنه لم يتمكن من استيفاء حقه لأن المدين الذى صدر أمر الأداء بإلزامه بالدين قد حكم بإشهار إفلاسه، وقدم فى سبيل التلليل على ذلك شهادة مؤرخة ١٩٦٢/٦/٢٣ من محكمة القاهرة الابتدائية تفيد رفع دعوى إفلاس مقيدة برقم ١٧٢ سنة ١٩٦٠ إفلاس القاهرة ضد شركة محسن عمر وشركاه شركة

تضامن يمثلها محسن عمر " وشهادة مؤرخة ١٩٦٥/١/٢١ تفيد صدور حكم بتاريخ ١٩٦٣/٣/٢٦ فى الدعوى المشار إليها بإفلاس للشركة المذكورة ، وكان استعمال القاصر فى تعامله مع الغير لمطبوعات تحمل اسمه مقترنة بمظاهر أخرى من شأنها تأكيد الاعتقاد لدى الغير بأنه شخص كامل الأهلية فيقدم على التعامل معه ، وهو مما قد يعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية ، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن بحث دفاع الطاعن المتعلق بالمظاهر التى صاحبت استعمال القاصر للمطبوعات على النحو سالف البيان وما إذا كانت تعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص أهليته أولا تعد كذلك ، وقررت أن الطاعن لم يلحقه ضررا تأسيسا على أنه كان فى استطاعته أن ينفذ أمر الأداء ضد المدين محسن عمر دون أن يلتفت الحكم إلى دفاع الطاعن فى هذا الخصوص من أنه لم يتمكن من الحصول على حقه ، لأن المدين المذكور كان قد أشهر إفلاسه ولم يعن ببحث المستندات التى قدمها الطاعن تأييدا لهذا الدفاع ، ورتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدعوى ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣)

ويجوز التمسك بالبطلان بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد

الحاصل به التصرف .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه فى حين أن الطعن ببطلان التصرف بصدوره من غير ذى أهلية موجه إلى ذات التصرف بإنكار توافر الأهلية فى المتصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه كما أن للطعن بالتزوير لا يتضمن فى ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعب فى هذه الأهلية".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٦ قى جلسة ١٥/١/١٩٦٢)



فهرس الكتاب

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٠)	٤
١-	أهمية المواطن	٤
٢-	تعريف المواطن	٥
٣-	النتائج المترتبة على أخذ القانون المصري بالتصوير الواقعي للمواطن	١٤
٤-	الفرق بين المواطن وبين محل الوجود أو محل السكن	١٥
٥-	يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن ...	١٥
٦-	يجوز ألا يكون للشخص موطنًا ما	١٦
٧-	عدم انطباق وصف المواطن على منزل العائلة	١٧
٨-	مكتب المحامي لا يعد موطنًا عامًا	١٨
	مادة (٤١)	٢٠
٩-	المواطن الخاص	٢٠
١٠-	المواطن التجارى أو الحرفى	٢٠
١١-	أمثلة للمنازعات المتعلقة بمواطن الأعمال ..	٢٥
١٢-	متى يتوافر موطن الأعمال ؟	٢٨
١٣-	الأماكن الملحقة بالنشاط التجارى أو الحرفى	٣٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٤-	لا تعتبر موطنا لإدارة الأعمال مباشرة الإجراءات القانونية في موطن الأعمال جوازي	٣٢
٣٤	مادة (٤٢)	
١٥-	الموطن العام للقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب	٣٤
١٦-	موطن ناقص الأهلية بالنسبة لـ (١) يعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات ...	٣٦
٣٩	مادة (٤٣)	
١٧-	الموطن المختار	٣٩
١٨-	الموطن المختار يسرى بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعمل القانوني	٤٠
١٩-	فترة سريان الموطن المختار	٤٢
٢٠-	الموطن المختار قد يكون إجباريا	٤٣
٢١-	إثبات الموطن المختار بالكتابة	٤٣
٤٥	مادة (٤٤)	
٢٢-	الأهلية	٤٥
٢٣-	أهلية الوجوب	٤٦

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٤-	أهلية الأداء	٤٩
٢٥-	تميز أهلية الاداء عن النظم التي تختلط بها .	٥١
	(أ) الأهلية والولاية	٥١
	(ب) أهلية الأداء وعدم قابلية المال للتصرف	
	فيه	٥٢
٢٦-	كمال الأهلية	٥٢
	مادة (٤٥)	٥٤
٢٧-	فقد التمييز	٥٤
١-	الصبي غير المميز	٥٤
٢-	المجنون والمعتوه	٥٤
	مادة (٤٦)	٥٨
٢٨-	ناقصو الأهلية	٥٨
	(أ) من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ..	٥٨
	(ب) كل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا	
	غفلة	٥٨
٢٩-	المقصود بالسفه	٥٨
٣٠-	المقصود بالغفلة	٦٠
٣١-	ما يشترك فيه السفه والغفلة	٦٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٦٩	مادة (٤٧)	
٦٩	أحكام الولاية على المال	-٣٢
٧٣	مادة (٤٨)	
٧٣	لايجوز النزول عن الأهلية ولا التعديل في أحكامها	-٣٣
٧٥	مادة (٤٩)	
٧٥	عدم جواز النزول عن الحرية الشخصية ...	-٣٤
٧٨	أمثلة لعدم النزول عن الحرية الشخصية أو تقييدها من قضاء المحكمة الإدارية العليا ...	-٣٥
٧٨	(أ) الحرية البدنية	
٧٩	(ب) تفتيش وقبض وحبس غير قانوني	
٨١	(ج) حرية الإقامة وعدم جواز الإبعاد	
٨٢	(د) حرية التنقل	
٨٣	(هـ) حرية السفر	
٨٤	(و) الحق في الأمن والأمان	
٨٥	(ز) التدابير التي تتخذ في حالة الطوارئ ...	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٥٠)	٨٦
-٣٦	وقف الاعتداء غير المشروع على الحقوق	
	الملازمة للشخصية	٨٦
-٣٧	التعويض عما يلحق الشخص من ضرر	٨٧
	مادة (٥١)	٨٨
-٣٨	المنازعة في استعمال الاسم وانتحال الاسم .	٨٨
	(أ) المنازعة في الاسم	٨٨
	(ب) انتحال الاسم	٨٩
-٣٩	طلب وقف الاعتداء على الاسم والتعويض	
	عن الضرر	٩٠
	٢- الشخص الاعتباري	
	مادة (٥٢)	٩٢
-٤٠	مذكرة المشروع التمهيدى نظرة عامة:	٩٢
-٤١	تعريف الشخص الاعتبارى (المعنوى)	٩٩
-٤٢	مقومات الشخصية الاعتبارية	١٠٠
	١- مجموع معين من الأشخاص أو من	
	الأموال	١٠٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢- غرض مشترك	١٠٢	
٣ - اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية ..	١٠٣	
المادة تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة		-٤٣
والأشخاص الاعتبارية الخاصة	١٠٤	
أنواع الأشخاص الاعتبارية		
المنصوص عليها بالمادة		
أولاً: الدولة والمديريات والمدن والقرى		-٤٤
بالشروط التي يحددها القانون	١٠٦	
ثانياً: المرافق النقابية والمهنية	١٢٢	-٤٥
ثالثاً: الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف		-٤٦
لها الدولة بشخصية اعتبارية	١٢٣	
رابعاً: الأوقاف	١٣٢	-٤٧
خامساً: الشركات التجارية والمدنية	١٣٥	-٤٨
١- شركة التضامن	١٣٦	
٢- شركة التوصية	١٣٧	
٣- شركة المساهمة	١٣٧	
٤- شركة التوصية بالأسهم	١٣٨	
٥- الشركة ذات المسئولية المحدودة	١٣٨	
متى تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ؟ ...	١٣٩	-٤٩
سائلاً: الجمعيات والمؤسسات	١٤٦	-٥٠
(أ) الجمعيات	١٤٧	
تعريف الجمعية	١٤٧	-٥١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٥٢-	إنشاء الجمعية	١٤٨
٥٣-	بدء شخصية الجمعية	١٤٩
٥٤-	أغراض الجمعيات	١٥٢
٥٥-	النظام الأساسي للجمعية	١٥٣
٥٦-	الأجهزة التي تدير الجمعية	١٥٤
	١- الجمعية العمومية	١٥٤
	٢- مجلس الإدارة	١٥٧
	٣- مدير الجمعية	١٥٩
٥٧-	أهلية وجوب الجمعية	١٥٩
٥٨-	رقابة الإدارة على نشاط الجمعية	١٦١
٥٩-	المزايا التي تتمتع بها الجمعية	١٦٥
٦٠-	انتهاء شخصية الجمعية	١٦٧
٦١-	الآثار المترتبة على حل الجمعية	١٦٩
٦٢-	تصفية الجمعية	١٧١
٦٣-	المحكمة المختصة بنظر منازعات للتصفية .	١٧٣
٦٤-	الجمعيات ذات النفع العام	١٧٣
٦٥-	امتيازات الجمعيات ذات النفع العام	١٧٦
٦٦-	الرقابة الإدارية على الجمعية	١٧٩
٦٧-	المؤسسات الأهلية	١٨١
٦٨-	إنشاء المؤسسات الأهلية	١٨٢
٦٩-	إدارة المؤسسة الأهلية	١٨٣
٧٠-	انتهاء شخصية المؤسسة الأهلية	١٨٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٨٥	كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون	٧١-
١٨٧	مادة (٥٣)	
١٨٧	أهلية وجوب الشخص الاعتبارى	٧٢-
١٨٩	أهلية الأداء للشخص الاعتبارى	٧٣-
١٩٠	اسم الشخص الاعتبارى	٧٤-
١٩٠	الذمة المالية للشخص الاعتبارى	٧٥-
١٩٢	حق التقاضى	٧٦-
١٩٤	موطن الشخص الاعتبارى	٧٧-
١٩٦	النائب عن الشخص الاعتبارى	٧٨-
١٩٧	المسئولية المدنية للشخص الاعتبارى	٧٩-
٢٠٠	المسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى	٨٠-
	الجمعيات	
٢٠٤	المواد (٥٤ - ٨٠)	
	(ألغيت بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦)	
٢٠٤	إلغاء المواد (٥٤ - ٨٠) بالقانون رقم ٣٨٤	٨١-

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	لسنة ١٩٥٦	
	الفصل الثالث	
	تقسيم الأشياء والأموال	
	مادة (٨١)	
٢٠٥		
٢٠٥	الفرق بين الأشياء والأموال	-٨٢
٢٠٨	الأشياء التي تصلح محلاً للحقوق المالية ...	-٨٣
	مادة (٨٢)	
٢١٢		
٢١٢	تعريف العقار	-٨٤
٢١٣	النوع الأول من العقار: العقار بطبيعته	-٨٥
٢١٦	النوع الثاني من العقار: العقار بالتخصيص .	-٨٦
٢٢٣	حكم العقار بالتخصيص	-٨٧
٢٢٤	زوال صفة العقار بالتخصيص	-٨٨
٢٢٥	المنقول	-٨٩
٢٢٥	أولاً المنقول بالطبيعة	-٩٠
٢٢٨	ثانياً المنقول بحسب المال	-٩١
٢٣٠	أهمية التفرقة بين العقار والمنقول	-٩٢
٢٣٠	١- من حيث إجراءات التنفيذ	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٩٣-	٢- من حيث شهر التصرفات تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول يتعلق بالنظام العام	٢٣١ ٢٣٣
	مادة (٨٣)	٢٣٥
٩٤-	الأموال العقارية والأموال المنقولة	٢٣٥
٩٥-	أهمية تقسيم الأموال إلى عقارية ومنقولة ...	٢٤٢
	مادة (٨٤)	٢٤٣
٩٦-	الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك	٢٤٣
٩٧-	أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك	٢٤٦
	مادة (٨٥)	٢٤٨
٩٨-	الأشياء المثلثة والأشياء القيمة	٢٤٨
٩٩-	أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلثة وقيمة	٢٥٠
	١- نقل الملكية	٢٥٠
	٢- فسخ العقد بسبب الهلاك	٢٥١
	٣- من حيث الوفاء	٢٥١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٨٦)	٢٣٥
١٠٠-	حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية	٢٥٣
	مادة (٨٧)	٢٥٥
١٠١-	المقصود بالأموال العامة	٢٥٥
١٠٢-	اكتساب صفة المال العام بالتقادم	٢٦١
١٠٣-	الفصل	٢٦٢
١٠٤-	أمثلة من قضاء محكمة النقض للأموال العامة	٢٦٥
	١- الأرصفة للجرمكية	٢٦٥
	٢- الارتقاقات الإدارية	٢٦٦
	٣- الميادين العامة	٢٦٦
	٤- الشواطئ	٢٦٧
	٥- جسر النيل ومجره	٢٦٧
	٦- الجبانات	٢٦٧
	٧- دور العبادة	٢٦٩
١٠٥-	هل المال العام يعد مملوكا للدولة ؟	٢٧١
	الأحكام التي تخضع لها الأموال العامة	
	حقوق الدولة والأشخاص الاعتبارية الأخرى	
١٠٦-	أولاً: الحق في رفع دعوى الاستحقاق	
	ودعوى الحيازة	٢٧٥

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
-١٠٧	ثانياً: تملك الثمار والحاصلات	٢٧٦
-١٠٨	ثالثاً: حق الشخص الاعتباري في الترخيص	
	بالانتفاع بالمال العام	٢٧٨
-١٠٩	رابعاً تنظيم طريقة استعمال المال العام	٢٨٣
-١١٠	قيد على سلطة الدولة والأشخاص الاعتبارية	
	الأخرى: عدم التصرف في الأموال العامة ..	٢٨٤
-١١١	أثر تصرف الإدارة في المال العام	٢٨٥
	مميزات للأموال العامة:	٢٨٧
-١١٢	أولاً عدم قابلية الأموال العامة للحجز عليها .	٢٨٧
-١١٣	ثانياً عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم .	٢٨٨
-١١٤	حقوق الأفراد في استعمال المال العام	٢٩٢
	مادة (٨٨)	٢٩٥
-١١٥	فقد الأموال العامة صفتها	٢٩٥
-١١٦	كيفية انتهاء تخصيص المال للمنفعة العامة ..	٢٩٦
-١١٧	أمثلة لانتهاء التخصيص بطريق فعلى	٣٠٤
	مادة (٨٩)	٣٠٨
	دراسة تمهيدية:	٣٠٨
-١١٨	مصادر الالتزام	٣١١
-١١٩	تعريف العقد	٣١٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٢٠-	العقد والاتفاق	٣١٢
١٢١-	مجال العقد	٣١٤
١٢٢-	أهمية التقسيم	٣١٨
١٢٣-	أولاً: عقود مسماة وعقود غير مسماة	٣١٩
	(أ) العقد المسمى	٣١٩
	(ب) العقد غير المسمى	٣٢١
	(ج) أهمية التقسيم	٣٢١
١٢٤-	ثانياً: عقود رضائية وعقود شكلية وعقود غيبية	٣٢٣
	(أ) العقد للرضائي	٣٢٣
	(ب) العقد الشكلي	٣٢٤
	(ج) التمييز بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات	٣٢٥
	(د) العقد العيني	٣٢٧
١٢٥-	العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد	٣٢٨
	(أ) تعريف	٣٢٨
	(ب) أهمية التفرقة	٣٣٠
١٢٦-	رابعاً عقود المعاوضة وعقود التبرع	٣٣١
	(أ) عقد المعاوضة	٣٣١
	(ب) عقد التبرع	٣٣٢
	(ج) تقسيم فرعي لعقود التبرع	٣٣٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(د) دقة التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع	٣٣٣
	(هـ) أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع	٣٣٤
-١٢٧	خامساً العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية (أ) العقد المحدد القيمة	٣٣٦
	(ب) العقد الاحتمالي	٣٣٧
	(ج) أهمية التفرقة	٣٣٨
-١٢٨	سادساً العقود الفورية والعقود المستمرة (عقود المدة)	٣٣٩
	(أ) العقود الفورية	٣٣٩
	(ب) العقود المستمرة (عقود المدة)	٣٤٠
	(ج) أهمية التقسيم	٣٤١
	شرح أحكام المادة:	٣٤٣
-١٢٩	التراضى في العقد	٣٤٣
-١٣٠	تعريف الإيجاب	٣٤٣
-١٣١	تعريف القبول	٣٤٤
-١٣٢	يجب اتجاه الإرادة في الإيجاب والقبول إلى ترتيب أثر قانوني	٣٤٤
-١٣٣	كيفية صدور الإيجاب	٣٤٥
-١٣٤	تطابق الإيجاب والقبول	٣٤٧
-١٣٥	وجوب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب	٣٤٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٣٦-	العرض الموجه للجمهور	٣٥٠
١٣٧-	الدعوة إلى التعاقد إذا كانت شخصية المتعاقد	
	معه محل اعتبار	٣٥٣
	مادة (٩٠)	٣٥٤
١٣٨-	التعبير عن الإرادة	٣٥٤
١٣٩-	التعبير الصريح والتعبير الضمني	٣٥٦
	مادة (٩١)	٣٦١
١٤٠-	متى يفتج التعبير عن الإرادة أثره ؟	٣٦١
١٤١-	إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه	٣٦٤
	مادة (٩٢)	٣٦٧
١٤٢-	أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن	
	الإرادة	٣٦٧
	مادة (٩٣)	٣٧٧
١٤٣-	تعيين ميعاد القبول	٣٧٧
١٤٤-	الميعاد الصريح والميعاد الضمني	٣٧٨
١٤٥-	حالة عدم تعيين ميعاد للقبول	٣٨١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٩٤)	٣٨٣
١٤٦-	المقصود بمجلس العقد	٣٨٣
١٤٧-	تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول	
	فورا في مجلس العقد	٣٨٤
	مادة (٩٥)	٣٨٧
١٤٨-	اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية	
	في العقد	٣٨٧
١٤٩-	الاتفاق على الشروط الجوهرية لاتعقاد العقد	٣٨٧
١٥٠-	الاحتفاظ بمسائل تفصيلية	٣٩٢
١٥١-	فصل المحكمة في المسائل التفصيلية التي لم	
	يتم الاتفاق عليها	٣٩٤
	مادة (٩٦)	٣٩٧
١٥٢-	اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد	
	منه	٣٩٧
	مادة (٩٧)	٤٠٣
	التعاقد ما بين الغائبين:	
١٥٣-	المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين	٤٠٣

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٥٤-	تحديد المكان والزمان الذى يتم فيهما التعاقد	٤٠٤
١٥٥-	التعاقد بطريق التليفون	٤٠٨
١٥٦-	افتراض علم الموجب بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول	٤٠٩
١٥٧-	أهمية تحديد زمان انعقاد العقد	٤١١
١٥٨-	أهمية تحديد مكان انعقاد العقد	٤١١
مادة (٩٨)		
١٥٩-	الفرق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت	٤١٣
١٦٠-	الحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا	٤١٥
مادة (٩٩)		
١٦١-	المقصود بالمزايدة	٤٢٢
١٦٢-	الإيجاب في البيع بالمزايدة	٤٢٢
١٦٣-	اعتبار التقدم بالعطاء إيجاباً ولو كان مصحوباً بتأمين	٤٢٤
١٦٤-	أهمية التمييز بين الإيجاب ومرحلة الدعوة إلى التعاقد	٤٢٥
١٦٥-	هل يجوز لمقدم العطاء العدول عن إيجابه ؟	٤٢٦
١٦٦-	القبول في المزايدة	٤٢٧

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٤٣٠	الحق في رفض العطاء	-١٦٧
	الالتزام بالشروط الواردة بقائمة شروط	-١٦٨
٤٣٢	المزاد	
	حالة اشتراط المصادقة على إرساء المزاد	-١٦٩
٤٣٧	من شخص معين	
٤٣٨	التعاقد عن طريق المناقصة	-١٧٠
٤٣٨	المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات	-١٧١
٤٣٩	التخلي عن الاشتراك في المزايدة	-١٧٢
٤٤٠	طبيعة الحكم الصادر بفسخ المزاد	-١٧٣
٤٤١	مادة (١٠٠)	
	عقود الإذعان:	
٤٤١	تعريف عقد الإذعان	-١٧٤
٤٤٥	خصائص عقود الإذعان	-١٧٥
٤٥١	مالا يعتبر من عقود الإذعان	-١٧٦
	لايجوز التمسك بأن العقد ينطوي على شروط	-١٧٧
٤٥١	إذعان لأول مرة أمام محكمة النقض	
٤٥٢	كيف يتم التعاقد بالإذعان	-١٧٨
٤٥٣	حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان ...	-١٧٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٠١)	٤٥٤
١٨٠-	تعريف الوعد بالتعاقد	٤٥٤
١٨١-	شروط الوعد بالتعاقد	٤٥٧
١٨٢-	شروط الاعتقاد والصحة	٤٦٣
١٨٣-	الوعد بالتعاقد في العقود الشكلية	٤٦٣
	مادة (١٠٢)	٤٦٧
١٨٤-	آثار الوعد بالبيع قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة	٤٦٧
١٨٥-	آثار الوعد بالبيع بعد انتهاء الميعاد أو ظهور الرغبة	٤٦٩
١٨٦-	امتناع الواعد عن تنفيذ وعده	٤٧٣
١٨٧-	سقوط حق الموعود له بفوات المدة دون أن يعلن رضاه بالوعد دون إجراء آخر	٤٧٥
١٨٨-	عدم سقوط الوعد بالعقد بالموت	٤٧٦
١٨٩-	العدول عن الخطبة	٤٧٧
	مادة (١٠٣)	٤٧٩
١٩٠-	تعريف العربون	٤٧٩
	دلالة العربون:	
١٩١-	(أ) دلالة العربون في ظل التقنين المدني القديم	٤٨٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٩٢-	(ب) دلالة العربون في ظل التقنين المدنى الجديد	٤٨١
١٩٣-	استخلاص نية المتعاقدين في دلالة العربون	٤٨٦
١٩٤-	مسألة موضوعية	٤٩١
١٩٥-	لا يجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بأن العقد هو بيع بالعربون	٤٩١
١٩٥-	وقت مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون	٤٩١
	أثار العربون:	
١٩٦-	أولاً في حالة العدول عن العقد	٤٩٢
١٩٧-	ثانياً في حالة عدم العدول عن العقد	٤٩٦
٤٩٨	مادة (١٠٤)	
١٩٨-	أنواع النيابة	٤٩٨
١٩٩-	النائب والرمول	٤٩٩
٢٠٠-	شخص النائب هو محل الاعتبار في عيوب الإرادة	٥٠٠
٢٠١-	شخص النائب هو محل الاعتبار في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة وافترض العلم بها	٥٠٢
٢٠٢-	تصرف الوكيل وفقاً لتعليمات موكله	٥٠٤

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٠٥)	٥٠٦
٢٠٣-	انصراف آثار العقد الذي يبرمه الوكيل إلى	
	الأصيل	٥٠٦
٢٠٤-	تعاقد النائب خارج حدود نيابته	٥٠٨
٢٠٥-	إحالة في تفصيلات كثيرة وقضاء محكمة	
	النقض	٥٠٨
	مادة (١٠٦)	٥٠٩
٢٠٦-	عدم إعلان التعاقد أنه يتعاقد باسم الأصيل ..	٥٠٩
٢٠٧-	استثناء على القاعدة السابقة	٥١١
٢٠٨-	النيابة الظاهرة	٥١٧
	مادة (١٠٧)	٥١٨
٢٠٩-	جهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة ...	٥١٨
	مادة (١٠٨)	٥٢٢
٢١٠-	حظر تعاقد النائب مع نفسه	٥٢٢
٢١١-	عدم نفاذ التعاقد في حق الأصيل	٥٢٣
٢١٢-	تطبيقات تشريعية لقاعدة حظر تعاقد النائب	
	مع نفسه	٥٢٧

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢١٣-	استثناءات على قاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه	٥٢٨
	مادة (١٠٩)	٥٣٢
٢١٤-	الأصل في الشخص توافر الأهلية	٥٣٢
٢١٥-	المسألة الأولى : تقييد الأهلية بعقوبة الجناية.	٥٣٣
٢١٦-	المسألة الثانية: الأهلية في الدعاوى المستعجلة	٥٤٣
	مادة (١١٠)	٥٤٦
٢١٧-	ليس للصغير غير المميز التصرف في ماله.	٥٤٦
٢١٨-	أثر تصرف الصبي غير المميز	٥٤٧
	مادة (١١١)	٥٤٩
٢١٩-	أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية	٥٤٩
٢٢٠-	أهلية الصبي الذي بلغ السابعة	٥٥٢
٢٢١-	أولاً : صلاحيات الصبي المميز ببلوغه السابعة من العمر	٥٥٣
٢٢٢-	ثانياً : صلاحيات القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة	٥٥٨
	(أ) الإنذن للقاصر بإدارة أمواله	٥٥٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٢٣-	النصوص القانونية	٥٥٩
٢٢٤-	من يصدر الإذن ؟	٥٥٩
٢٢٥-	حدود الإذن بالإدارة	٥٦١
٢٢٦-	واجبات القاصر المأذون	٥٦٤
٢٢٧-	(ب) الإذن للقاصر بالاتجار	٥٦٥
٢٢٨-	المقصود بالإذن بالاتجار	٥٦٥
٢٢٩-	أهلية القاصر المأذون بالاتجار	٥٦٦
٢٣٠-	سلب الإذن والحد منه	٥٦٧
٢٣١-	حق القاصر في الوصية بإذن محكمة الأسرة قابلية التصرفات المالية الدائرة بين النفع	٥٦٨
٢٣٢-	والضرر للإبطال لمصلحة القاصر	٥٦٩
٢٣٣-	إجازة التصرف القابل للإبطال	٥٧٣
مادة (١١٣)		
٢٣٣-	المقصود بالحجر	٥٧٥
٢٣٤-	ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه ..	٥٧٦
٢٣٥-	توقيع الحجر ورفع يكون بحكم	٥٧٧
٢٣٦-	تقديم طلب الحجر	٥٨٠
٢٣٧-	المحكمة المختصة بتوقيع الحجر	٥٨٢
٢٣٨-	إثبات الجنون والعته	٥٨٦
٢٣٩-	إثبات السفه والغفلة	٥٩٠
٢٤٠-	تعيين قيم على المحجور عليه	٥٩٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
-٢٤١	الشروط الواجب توافرها في القيم	٥٩٣
-٢٤٢	واجبات القيم	٦٠٣
-٢٤٣	رفع الحجر	٦١٠
-٢٤٤	عزل القيم	٦١٢
-٢٤٥	الطعن في الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه	٦١٥
مادة (١١٤)		
-٢٤٦	تصرفات المجنون والمعتوه	٦١٨
-٢٤٧	أولاً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر	٦٢٠
-٢٤٨	لا يلزم لإبطال التصرف أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ	٦٢٢
-٢٤٩	الاستثناء من الواردان على القاعدة السابقة ...	٦٢٣
-٢٥٠	ضرورة قيام الحالتين السابقتين وقت التعاقد .	٦٢٤
-٢٥١	يكفي توافر إحدى الحالتين	٦٢٦
-٢٥٢	إثبات الجنون أو العته في حالة الادعاء بصدور التصرف قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر	٦٢٨
-٢٥٣	القاضي هو الذي يعطى الوصف القانوني للحالة المرضية	٦٣٥
-٢٥٤	سلطة محكمة الموضوع في تقدير قيام	٦٣٦

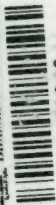
رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٦٣٦	الجنون أو العته	
٦٣٧	حكم القانون الملغى	-٢٥٥
	رأى قهى وقضاء لمحكمة النقض بسبطلان	-٢٥٦
	تصرفات المجنون والمعتوه على أساس	
٦٣٩	انعدام إرادته	
	ثانياً : حكم تصرف المجنون والمعتوه بعد	-٢٥٧
٦٤٢	تسجيل قرار الحجر	
	كيفية تسجيل حكم الحجر:	
	أولاً : في ظل الكتاب الرابع من قانون	-٢٥٨
٦٤٤	المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩	
	ثانياً في ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠	-٢٥٩
	بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع	
	وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال	
٦٤٩	الشخصية	
٦٥٥	مادة (١١٥)	
	أولاً تصرفات السفه وذى الغفلة قبل تسجيل	-٢٦٠
٦٥٥	قرار الحجر	
٦٦٢	يكفى للإبطال توافر الاستغلال أو التواطؤ ..	-٢٦١
	قضاء لمحكمة النقض في ظل القانون المدنى	-٢٦٢
٦٦٣	القديم	
٦٦٦	الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل	-٢٦٣

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٦٤-	قرار الحجر لا يتطلب وقف للدعوى طالماً كانت المحكمة مختصة بالمسألة الأولية	٦٦٦
٢٦٥-	جزاء حصول التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ	٦٦٧
٢٦٥-	حكم تصرف السفينة وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر	٦٦٧
٢٦٦-	كيفية تسجيل قرار الحجر	٦٧١
٦٧٢	مادة (١١٦)	
٢٦٧-	صحة تصرف المحجور عليه لفسه أو غفلة بالوقف والوصية	٦٧٢
٢٦٨-	أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه للفسه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله	٦٧٤
٢٦٩-	هل يحوز الإنذن للمحجور عليه للفسه أو الغفلة بالاتجار ؟	٦٧٦
٦٧٧	مادة (١١٧)	
٢٧٠-	المانع الطبيعي بالعاهتين أو العجز الجسماني الشديد	٦٧٧
٢٧١-	شروط المساعدة القضائية	٦٧٨
٢٧٢-	إضافة حالة العجز الجسماني الشديد بالمادة	٦٨٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢	٦٨٠
-٢٧٣	التصرفات التي تخضع للمساعدة القضائية ..	٦٨٢
-٢٧٤	تعيين المساعد القضائي	٦٨٦
-٢٧٥	مهمة المساعد القضائي	٦٨٧
-٢٧٦	امتناع المقرر له المساعدة عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر	٦٨٨
-٢٧٧	اعتبار المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد (١٠٨ ، ٢٨٢ ، ٤٧٩) مدنى	٦٨٩
-٢٧٨	حكم تصرف من تقررت له المساعدة القضائية بغير معاونة المساعد	٦٩٠
-٢٧٩	الحالة الأولى: التصرفات التي يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي	٦٩١
-٢٨٠	الحالة الثانية: التصرفات التي يجريها من تقررت له المساعدة بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي	٦٩٢
-٢٨١	كيفية التسجيل	٦٩٣
-٢٨٢	أحكام المساعد القضائي وعزله	٦٩٣

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١١٨)	٦٩٤
٢٨٣-	تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام	٦٩٤
٢٨٤-	قضاء محكمة النقض في التصرفات الصادرة من الأولياء	٦٩٤
٢٨٥-	قضاء محكمة النقض في التصرفات الصادرة من الأوصياء	٧٠١
٢٨٦-	قضاء محكمة النقض الصادر في تصرفات القوام	٧٠٩
	مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال	
	مادة (١١٩)	٧٣٥
٢٨٧-	حق ناقص الأهلية في إبطال العقد	٧٣٥
٢٨٨-	لا يشترط لإبطال العقد حصول غبن لناقص الأهلية	٧٣٥
٢٨٩-	لا ينال من طلب الإبطال تظاهر القاصر بكمال أهليته	٧٣٦
٢٩٠-	استعمال ناقص الأهلية طرقا احتيالية	٧٣٨

Bibliotheca Alexandrina



1129946